



10

173.

W. van de Poll,

DE

CAUSIS, EX QUIBUS MATRIMONIUM IMPUGNARI POTEST.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

CAUSIS, EX QUIBUS MATRIMONIUM IMPUGNARI POTEST,

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

JANI ACKERSDYCK,

JUR. UTR. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,

UT ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus,

SUMMISQUE

IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,



IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA,

RITE AC LEGITIME CONSEQUENDIS,

ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

GUILIELMUS VAN DE POLL,

HARLEMENSIS,

A. D. XXIV. M. NOVEMBRIS, A. MDCCCXL, HORA II.

TRAJECTI AD RHENUM,

EX OFFIC. PADDENBURGII & SOC.

MDCCCXL.

PATRI

OPTIMO CARISSIMO,

NEC NON

VIRO AMICISSIMO,

FRATRI PER AFFINITATEM CONJUNCTO

JULIO HENRICO CAESARI AUGUSTO PAYEN,

HASCE QUALESCUNQUE STUDIORUM
PRIMITIAS

D. D.

AUCTOR.

Veniae spes est, et paratus favor, et audere non dedecet, et si quid desit operi, supplet aetas et si quae dicta sunt juveniliter, pro indole accipiuntur.

QUINCTILIANUS.

Et veniam pro laude peto, laudatus abunde,
Si fastiditus non tibi, Lector, ero.

OVIDIUS.

PRAEFATIO.

Cum jam in eo essem, ut summos honores in jure Romano ac hodierno capesserem, lex ab Augustissimo Rege lata est, qua examen doctorale quidem extensum fuit, simul vero necessitas dissertationem conscribendi in posterum ablata est. Hac vero lege vim suam salutarem non extendente in eos, qui examen illud jam subierunt, mihi non licuit frui ejus benignitate. In materia igitur eligenda, facile deductus sum ad locum ex jure nostro civili exponendum, qui dignus esset, ut interius examinaretur, cum ob alia, tum maxime propter majorem curam, quam ei adhibuit legislator noster, ita ut multis nominibus ejus expositio praeferenda videatur jure Francico. Quicunque autem specimina Academica conscribendi modum cognovit, facile fatetur dissertationem magis

esse, diversarum auctorum interpretumve sententiarum compilationem et collationem, quam propriarum idaearum expositionem; juvenem enim suo Marte agentem nihil nisi juvenile opus conscripturum esse, neo Horatianum illud: nonum prematur in annum *ad eum referri posse, cuique conspicuum.*

Quanto autem motu afficiatur animus, cum Academiae sit valedicendum, in qua quinque dulcissimos sane vitae annos degere mihi licuit, ne vix quidem verbis exprimere possum. Multa enim hio mihi bona, multa utilia, et laeta contigerunt, quorum recordatio semper intima mente reposita durabit.

Quem vero cum pietas tum gratus animus mihi sauderent priorem compellare, Te, carissime Pater! omnium bonorum quibus unquam gavisus sum fons uberrimus. A teneris inde annis egregius Tu mihi exstitisti moderator, et quum jam ad juvenilem aetatem pervenerim, non tantum Patrem, *sed etiam* Amicum integerrimum *Te mihi praestitisti. Illud enim semper inculcari tenerae menti solebas, » non metu sed amicitiae vinculo me tibi adstrictum esse debere." Ab eo inde tempore nunquam consilia tua salutaria mihi denegasti, cum antea, tum minime annis illis novissime Trajecti peractis; nonne igitur libentissime palam profiterer me Tibi omnia debere. Quamquam lex scripta aliquando me tuae auctoritati benignae subtrahat, lex illa ipsi animo impressa nunquam desinet vim suam in me exercere. Magis magisque crescat mutua animorum conjunctio; Tu mihi praestes in posterum benevolentiae Tuae egregia docu-*

menta, consilia paterna, quibus fretus possim firmo ingressu procedere in viam mihi jamjam ineundam.

Si vero in hacce Musarum sede quidquam profecerim in scientiis, tum maxime in jurisprudentia, vobis acceptum fero, Viri Clarissimi, Praeceptores aestumatissimi. Vos me tenerum ac vacillantem doctrina vestra, vestrisque monitis corroborastis, sustentastis. Si non plane rudis ad hujus stadii metam pervenerim magis est vestrorum benevolentiae et indulgentiae, quippe quae viam straverit facilem et jucundam, quam meae praestantiae documentum. Pro tam eximiis donis accipite V. V. Cl. grati animi significationem. Persuasum Vobis habeatis, haud facile me haec obliturum fore beneficia. Dei Optimi Maximi cura et prudentia Vobis benigne prosit ad vitae usque terminum.

Tibi profecto Cl. DE BRUYNS! *Promotori maxime benevolo, haudquaquam leviora apprecor. Maxime Tibi me devinctum sentio ob eam humanitatem, qua me recipere voluisti, ob consilia nunquam denegata, nec minus ob curam huic dissertationi adhibitam. Publice, quantum valeo, pro hisce omnibus gratias ago; et quamvis hae chartae mox jam oblivione oppressae pereant, semper tamen honos nomenque tuum laudesque mihi superstites manebunt.*

Vobis denique, Amici quibuscum conjunctus fui per vitam illam, vere vitalem, Academicam dico, valedico, sensu doloris perculsus. Quamquam pauciores jam hinc abierint, satis ex eorum exemplo patuit, non semper dulcem hanc consuetudinem perdurare

posse. Maneat tamen hujus aetatis recordatio; amicitiae vinculum, quo copulati fuerimus, firmum sit et in posterum, dum invidiosa sors et longum temporis spatium nos separet; perduret juventutis gaudium. Haec non minus dicta sunto iis quos sodales habui in variis collegiis studiis gaudioque consecratis, quam vobis quibus tanquam integerrimis uti mihi contigit. Valete!

CONSPECTUS.



INTROITUS.

Apud omnes fere populos cultiores matrimonium habetur pro sancto instituto, quod tanquam a natura ipsa profectum, quam maxime confirmandum est humanis legibus. Nullum enim vinculum, quo adstringatur homo in vita civili eam vim exercet in ejus sortem futuram quam matrimonium: mutatur ejus status, atque plerumque ejus fortuna, contrahit gravissimas obligationes erga conjugem, atque erga sobolem procreandam; non init contractum ordinarium de rebus, in quo respicitur dies vel conditio, sed qui sua natura conjunctio est, ex voto contrahentium non dissolvenda. Et quidnam non valet matrimonium ad beatam hominum conditionem in societate? non immerito veteres id hoc respectu appellaverunt *consortium omnis vitae*. Nec minus perspicitur matrimonii gravitas, si consideretur, ratione civitatis ipsius: ex eo oriuntur familiae; est vinculum, quo junguntur diversa earum membra inter se; exinde repetit civitas vim atque

concordiam; mores integri manent; servatur ordo publicus. Est igitur objectum juris, est statutum personale, quod praecipue debet curae esse bono legislatori: leges ei sanciendae sunt, quibus firmior fiat illa *individua consuetudo*; fert enim ejus sanctitas ac natura, ne facile irrita fiat.

Qui finis ut attingatur, vidimus in legibus plerorumque populorum accuratissime definitas esse qualitates et conditiones, quae matrimonii quasi efficiunt essentiam; praescriptas esse solennitates, quae pertinent ad ejus justam formam; institutas esse intercessiones, ut locus detur iis, quibus haec potestas lege data est, impediendi matrimonium futurum, ut ita evitetur ejus *nullitas*; denique, si justum exstat matrimonium, indicata esse media, ad ejus exsistentiam probandam. Gravitas matrimonii haec omnia, quam maxime requirit; status enim personarum non debet facile impugnari, nec leviter rumpi illud vinculum sociale. Verissime igitur Orator Publicus Nicolai: » *L'union naturelle*," inquit, » *entre l'homme et la femme, doit être soumise à des regles fixes, sinon elle entrainerait les désordres les plus graves*" (1).

Si autem legislator conditiones et formas praescripsit, quae requiruntur ad matrimonium contrahendum, fecisset tamen opus imperfectum, si eas non sanxirit, si non poenas certe secuturas iis comminaretur, qui agerent contra ejus praescripta: id efficere conatus est, nunc irrogandis poenis in eos, quorum curae ma-

(1) Voorduin, D, II, pag. 137.

trimonium mandatum est, nunc pronuntiando matrimonii nullitatem in eos, qui contra ejus prohibitiones agerent. Inobservautia enim conditionum et solennitatum non semper eosdem habet effectus, differunt pro varia earum natnra et diverso fine, nec cuivis personae licet provocare ad nullitatem, denique ii, qui illud jus habent, non omni tempore possunt agere.

Illud discrimen in tractanda nostra materia satis apparebit. Cum autem causas examinemus, ex quibus matrimonium impugnari potest, reperiemnr eas emergere ex impedimentis matrimonio allatis. Impedimenta autem exstant tum in interdictionibus lege factis illis civibus, qui capacitate carent nuptiarum contrahendarum, cum in conditionnm aut solennitatum requisitarnm defectu. Dividuntur a Juris Consultis inprimis, qnoad eorum effectus in *dirimentia* atque *prohibitoria*, ex his enim sequitur tantummodo poena pecuniaria vel alia, ex illis autem matrimonii nullitas. Hacc distinctio, quae non adoptata est in Codice Francico, quia non omnia impedimenta matrimonii in eo ad certam classem redacta sunt, agnoscitur tamen in doctrina perutilis esse, quia statim ex ea possunt cognosci causae nullitatis matrimonii, atque ea, quae solum obstant ejus celebrationi (1).

Quamquam etiam in nostro Codice haec distinctio non recepta sit, apte tamen hanc assumere possumus, qunm apud nos accurate haec duorum impedimentorum genera definita sint. Actiones matrimonii nulli-

(1) Duranton, T. II, § 120.

tatis igitur arctissime cohaerent cum ejus impedimentis: haec etiam legislator noster respexit; secutus enim est in sectione sexta tituli quinti Codicis Civilis, quae agit *de matrimonii nullitate* ordinem, qui observatus est in sectione prima: *de qualitatibus et conditionibus requisitis ad contrahendas nuptias.* Horum igitur ratione habita, agemus primo: de causis, ex quibus matrimonium potest impugnari, quae oriuntur ex impedimentis dirimentibus, praemissis quibusdam de doctrina nullitatis, tam universe quam in matrimonio; tum de iis, quae oriuntur ex impedimentis prohibitoriis.

CAPUT PRIMUM.

DE CAUSIS, QUAE ORIUNTUR EX IMPEDIMENTIS DIRIMENTIBUS.



Impedimenta dirimentia matrimonii, quae locum dant actioni nullitatis, sunt, ordine in Codice servato:

1°. Bigamia (a. 84).

2°. Defectus liberi conjugum censensus (a. 85).

3°. Dementia, propter quam cura exstat.

4°. Defectus legitimae aetatis (a. 86).

5°. Matrimonium prohibitum propter cognationem et affinitatem (a. 87 et 88).

6°. Matrimonium inter adulterum et adulteram (a. 89).

7°. Matrimonium inter personas divortio sejunctas (a. 90).

8°. Defectus consensus parentum, avorum, vel eorum, quorum consensus, in casibus a lege expressis, requiritur (a. 92, 93, 94, 95, 97 et 98).

9°. Incompetentia magistratus status civilis (a. 131).

Haec impedimenta, quamquam omnia irritum possunt reddere matrimonium, non tamen omnia sunt ejusdem naturae; eorum differentia quam maxime conspicua est, in nullitate ipsa. Hinc non videtur alienum a nostra materia, ut breviter agamus de distinctione, quam faciunt in doctrina nullitatis.

§ I.

De nullitate absoluta et relativa.

Inter varias distinctiones, quas proponunt Juris Consulti in materia nullitatis, praecipue occurrit ea, secundum quam *nullitas* dicitur esse *absoluta* et *relativa* (1). Haec distinctio nititur tam diversa natura legum contra quas agitur, quam capacitate personarum, quae ad nullitatem possunt provocare, pro diverso harum legum fine, etiam diversa.

Finis omnium legum potest dici esse utilitas publica: hanc autem non spectant pari modo; aliae enim immediate eam respiciunt, aliae remotius, atque ma-

---

(1) Vox *nullitas* non invenitur in Corpore Juris Justinianei, neque est probae latinitatis. Est inventio JCtorum recentiorum, qui brevitatis causa hacce voce usi sunt. Seb. Vantius id demonstravit in *Tractatu de Nullitatibus Processuum ac Sententiarum* atque locutiones affert, quibus usi sunt JCti Romani, ad significandum negotium in jure civili non valere ff. Caput I, § 12. Praecipuae sunt: *nullius momenti*, *injustum*, *irritum*, *cassum*, *inutile*, *infectum*, *imperfectum*, *non jure factum* etc.; non tamen omnes eandem vim habent, et differunt, pro variis vitiis, quibus actus laborant.

gis ante occulos habent commoda privatorum. Ex eo diverso fine legum repetunt etiam distinctionem nullitatis, si nempe lex eam pronuntiat (1) atque dicitur, si contra has actum sit nullitas *relativa* vel *juris privati*, contra illas *nullitas absoluta* vel *juris publici* adesse.

Nullitas igitur *absoluta* provenit ex lege, cujus proximus finis est utilitas publica, et quae tantummodo remotius spectat privatorum commoda. Lex autem spectat rempublicam: „*lorsque*," ut ait Dunod, „*son premier et principal objet est le bien de la société, la conservation des choses et des droits, qui appartiennent au public, et qu'elle statue sur ce qui concerne les bonnes moeurs, ou qui est hors du commerce, par le droit naturel, des gens ou civil*" (2). Sic ad nullitatem absolutam pertinent fere omnia, quae fiunt contra leges poenales, nam quamquam legislator sibi etiam in his alias fines proposuit, ejus finis praecipuus censetur fuisse utilitas publica; sic omnia, quae contra bonos mores fiunt, eorum conservatio quam maxime interest civitatis; sic alienatio rerum, quae non in commercio sunt, propter causam sacram vel publicam; atque alia. Cum igitur nullitas absolu-

(1) Quaestio est in materia nullitatis: quid juris sit, si poena nullitatis non expresse pronuntiata sit a legislatore? In legibus *prohibitoriis* secundum l. 5 Cod. *de legibus* nullitas semper subaudienda est. Merlin idem observari vult in legibus dictis: *praeceptives*. Videatur Merlin *Répertoire* v. Nullité. Cf. porro de Geer, Diss. *de Causis, ex quibus testamentum impugnari potest*. Traj. ad Rhenum 1833. p. 15–22.

(2) *Traité des Prèscriptions*, P. I, Ch. 8.

ta exstat, lex resistit absolute et semper actui, quem prohibet: „*elle*," ut ait **Dunod**, „*le reduit à un pur fait, qui ne peut être ni confirmé, ni autorisé, et ne produit aucune action, aucune exception;*" talis actus igitur censetur nunquam exstitisse.

Nullitas *relativa* vel *respectiva* oritur e contrario ex lege, quae directe spectat utilitatem quarundam personarum et remotius rempublicam. Egregie rem explicat **Dunod**: „*Quoique la fin de la loi soit toujours l'interêt du public et de la societé; la vue de cet interêt est souvent eloignée, et la loi considère alors en premicr lieu dans sa prohibition et dans les Nullités, qu'elle prononce, l'interêt des particuliers* primario spectat utilitatem privatam *et* secundario publicam. *Ce sont les particuliers qui profitent de sa disposition: et sa prohibition en ce cas produit une Nullité, qu'on appelle respective parceque cette Nullité n'est censée interesser, que celui en faveur de qui elle est prononcée.*" Tales sunt legis dispositiones in favorem minorum, nuptarum mulierum, aliorumque, quos lex propter aetatem vel conditionem defendit. Id igitur, quod actum sit contra tales dispositiones, vim habet atque exstat respectu tertiorum, donec nullitas pronuntietur, petentibus iis personis, in quarum gratiam introducta est: „*la loi,*" pergit **Dunod**, „*ne resiste par expressément et toujours à ce sortes d'actes, comme dans les cas aux quels elle produit une Nullité absolue: elle se contente de ne les pas avouer et autoriser à l'egard de certaines personnes.*"

Fundamentum propositae distinctionis etiam potest dici capacitas diversa esse personarum, quae ad eam provocare possunt. Quia omne id, quod adversus utilitatem publicam fit, civitatis atque ejus civium interest, exinde sequitur eos etiam petere posse nullitatem talinm actuum.

Est igitur in talibus casibus quasi actio popularis, quam secundum principia nostri juris instituere potest Publicum Miuisterium, quod imaginem civitatis refert; omnes quorum interest nullitatem possunt objicere: „*sans qu'on*," ut ait Dunod, „*puisse leur opposer, qu'elles se prévalent du droit d'un tiers: et le juge peut y prendre égard d'office quand personne ne la proposérait.*"

Si leges autem spectent primario utilitatem quarundam personarum, exinde sequitur eas solas etiam nullitatem posse proponere, cum adversus earum prohibitiones actum sit; si alii id facerent, abuterentnr aliorum jure; nec etiam Publicum Ministerium hanc facultatem habet, nt in nullitatibus absolutis.

Ex his, quae supra diximus, jam patet nullitates absolutas non posse confirmari aut ratihaberi conventione vel silentio eorum, quorum interest: natura legnm, quae violatae sunt, id non patitur: *privatorum conventio juri publico non derogat*, L. 45, § 1, D. *de R. J.*, Art. 14, legis dictae: *Alg. Bep.* Aliter autem in nullitatibus relativis: quia lex eas pronuntiat in favorem quarundam personarum, congruens est, illas convalescere earum expressa vel tacita ratificatione: *cum alia sit regula juris antiqui, omnes licen-*

tiam habere, his, quae pro se introducta sunt renuntiare, L. 29 Cod. *de pactis*. Discrimen etiam perspicuum est ratione temporis, intra quod ad nullitates provocare licet. Non perimitur *absoluta nullitas* praescriptione: »*parce qu'elle est fondée*," ait Dunod, »*sur une cause publique et perpétuelle qui n'est pas tirée de l'interêt particulier de certaines personnes ou d'une qualité temporelle de certaines choses. Cette Nullité absolue empêche toute préscription.*" In haece nullitate valet regula dicta Catoniana: *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* L. 29 D. *de R. J.* (1). Id autem minime dicendum est de *nullitate relativa:* haec convalescit praescriptione lege definita. Inest enim praescriptioni species ratificationis tacitae; nam ille, qui patitur, ut jura sua tractu temporis pereant, censetur approbare id, quod in praejudicium suum factum sit, atque renuntiare remediis, quae lex ei concedit ad illud restituendum.

Haec principia generalia (2) etiam extendi possent

---

(1) Haec regula multas exceptiones patitur et magis ut animadvertit jam Vir Celeberrimus d'Agneseau usu venit in testamentis. Cf. hac de re Toullier, T. I, § 607. Perrin, *Traité des Nullités de droit*, p. 145 sqq.

(2) De variis exceptionibus, de quibus nobis non dicendum est. Cf. Merlin, *Répertoire* voc. *Nullité*, et Perrin in opere supra laudato. Jam animadvertit de Geer, in dissertatione: *de Causis, ex quibus testamentum impugnari potest*. Traj. ad Rhenum 1833, p. 15. »Vix alia esse doctrina juris, quae tot premitur difficultatibus, quam ea, quae agit de negotiis nullis dicendis: quae difficultates inde oriundae esse videntur, quod legislator omiserit certas proponere regulas,

ad matrimonium. Consideratur enim matrimonium in jure hodierno, magis tanquam contractus civilis, ad cujus substantiam nonnullae regulae contractuum in usu veniunt, ut e. g. consensus, legitima aetas, certae formae, actus vel instrumentum quo publice ejus existentia confirmatur atque probatur. Secundum doctrinam supra expositam, matrimonium igitur, quod contractum est contra legem, cujus violatio efficit nullitatem absolutam, *ab initio* vel *ipso jure* nullum esset, ita ut omnes, omni tempore, ideo per exceptionem hancce nullitatem possint invocare et judex eam debeat agnoscere. Matrimonium censetur tali casu numquam exstitisse, atque idcirco nullum habere potest effectum civilem.

Nullitate autem relativa existente, matrimonium censetur adesse; tantummodo *ex post facto vel ope actionis* nullum est, subsistit sub conditione, pendet a voluntate eorum, quibus lex facultatem concedit petendi nullitatem; nullitas tunc pronuntianda est per *sententiam judicis declaratoriam*, actione instituta in conjuges vel eorum heredes atque nunquam sine tali sententia nullitas potest dici ipso jure adesse; actio etiam potest perire confirmatione, ratihabitione vel praescriptione, quod nullo modo locum potest habere in nullitate matrimonii absoluta.

Haec igitur foret doctrina, si regula absolutae et relativae nullitatis applicarentur matrimonio. Non ta-

---

quarum ope voluntas ejus hac de re innotesceret, partim inde, quod argumentum difficulter certis regulis subjici posset."

men semper id quod facile vel utile est in theoria, ejusdem practicae utilitatis vel facultatis est. Id statim observabimus, cum nunc nobis dicendum est de systemate, quod secutus est noster legislator. Antequam tamen id investigemus, paucis verbis attingemus quid de matrimonii nullitate juris fuit apud Romanos, ut magis inde eluceat, diversa principia, diversa tempora, etiam diversa systemata requirere.

§ II.

De matrimonii nullitate jure Romano.

Non usu venit in jure Romano, quod in jure Canonico et hodierno discrimen est inter prohibitiones dirimentes et prohibentes. Conditiones, quae requiruntur ad nuptias contrahendas jure Romano fere eaedem erant, ac in jure hodierno: solemnitates autem fere non requirebantur, atque defendi potest jure Justinianeo nuptias solo consensu contrahi. Hanc ob causam matrimonii probatio solum nitebatur externa possessione (*uiterlijk bezit*), nec ut apud nos instrumento publico.

Enumeratis requisitis justarum nuptiarum, quae sunt: *ut contrahentes sint cives; ut sint puberes et ad generandum habiles; ut libere consentiant et eorum, in quorum potestate sunt, habeant consensum; ne obstet ratio cognationis, affinitatis aut alia civilis;* dicit Justinianus: » *Si qui adversus ea coierint nec vir, nec uxor, neo nuptiae, neo matrimonium,*

nec dos intelligitur." § 12 tit. X. Inst. *de nupt.* Non dicit Imperator, si quis contra faceret, matrimonium *accusare* licebit, ut juris Canonici auctores, aut *impugnare*, ut jure nostro dicitur, sed inutile est matrimonium ipso jure, aut ut rectius dicamus, non est matrimonium; idcirco necesse non est, ut officio judicis rescindatur, neque actio aliqua petitiove cognita erat jure Romano. Consequens est, ut matrimonii bonitatem neganti praescriptio objici non potest, atque negare illud possint omnes quorum interest, omni tempore.

Quoad effectus etiam nullitatis, jus Romanum differt a jure hodierno. Si enim conjuges bona fide injustas nuptias inirent, illud tamen usque ad diem, quo nullum declaretur, habet effectus civiles, tam ratione conjugum, quam liberorum (1). Aliter jure Romano: *nec dos intelligitur*, § 12, tit. X Inst. *de nupt.* Hinc palam est, dotem, quae ad matrimonii sustinenda onera inserviebat, si ipsum matrimonium irritum esset, nullam quoque fuisse (2) neque enim dos sine matrimonio esse potuit (3). Et tam late Romani hancce regulam extenderunt, ut donationes inter virum et uxorem, quae ceteroquin non essent permissae. L. 1. D. *de donat. inter virum et uxorem* valerent, *si aliquid impedimentum interveniret*, ne esset omnino matrimonium L. 3, § 1 D. *eodem.* Atque de liberis sic pergit Imperator. „*Itaque ii, qui ex eo coitu nas-*

(1) Cf. a. 150, 151, 152 et 153 *Burg. Wetb.*
(2) L. 76 in fin. D. *de jure dot.*
(3) L. 3 D. *de jure dot.*

cuntur in potestate patris non sunt; sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concipit." Liberi igitur, qui nascantur ex injusto coitu, intelliguntur patrem non habere: nam quamquam patrem demonstrare possunt, eum tamen habent, quem leges prohibent habere. Hac in re igitur par est eorum conditio cum vulgo conceptis. Cf. l. 23. D. *de statu hominum.*

Si autem personae, quae enumerantur in § 6-9, tit. X Inst. *de nuptiis*, junctae inter se proximiore cognatione vel affinitate nuptias coierint, videntur nefarias atque incestas nuptias contraxisse atque praeter matrimonii nullitatem sequitur gravior poena, veluti capitalis vel ei proxima. Cf. hac de re tit. 5, l. V, C. *de incestis et inutilibus nupt.*

§ III.

De systemate, quod secutus est noster legislator.

Si theoria *nullitatis absolutae*, ita ut eam exposuimus in § primo, potest dici convenire principiis juris Romani, e contrario non potest dici consentanea esse juri nostro, quod plane contraria principia secutus est. Praeter solemnitates, quae requiruntur ad matrimonium contrahendum, contrahitur publice coram magistratui status civilis, qui declarat vi legis conjuges matrimonio conjunctas esse, atque tunc actum componit, qui dicitur: *actus status civilis* (1). Hoc-

(1) Art. 44 B. W. B.

ce instrumento civitas quasi agnoscit publice existentiam matrimonii, atque videtur consequens, ut etiam ejus ministri de bonitate matrimonii judicent, si illud propter aliquod vitium impugnetur; semper enim est quaestio facti a judicibus dirimenda, et status, quem semel conjuges acquisiverunt non debet abalienari a privatis, quoniam pendet ex jure publico. Recte igitur nobis videtur hac de re scripsisse Duranton: „*Le mariage n'est pas nul de plein droit, quels que soient les vices dont il est infecté: il y a un titre public, authentique, dont il faut faire anéantir l'effet, et les parties aux quelles il s'applique n'en sauraient être constituées juges. Le vice, dont elles ont à se plaindre fait seulement naître une question, qui doit être soumise aux tribunaux chargés d'appliquer le droit au fait allégué: eux seuls peuvent decider, si dans l'esprit de la loi, il produit une nullité du mariage, et si cette nullité n'est point couverte*" (1).

Et id tam verum est, ut etiamsi actus producatur tanquam falsus, in casu, quo e. g. numquam datus sit consensus vel numquam matrimonium extiterit, haec etiam quaestio tradenda sit judici: nam titulo fides praestanda est, donec falsus declaretur (2).

Videtur igitur juris hodierni principiis consentaneum esse, ut matrimonium a judice solum possit rescindi. Id jam observarunt legislatores Francici, atque hinc illud principium adoptarunt in Codice, quamquam in

(1) Duranton, l. 2, § 263.
(2) Duranton, l. 2, § 264. Toullier, T. I, § 601.

eo non exprimatur (1). Prudenter hac in re etiam legislator noster secutus est jus Francicum (2), atque statuit in a. 140 nostri Codicis, qui praecedit sectionem *de nullitate matrimonii*, tanquam regulam generalem: „*De nietigheid eens huwelijks kan alleen door den regter worden uitgesproken.*" Legislator tamen non omni tempore mentem habuit adoptandi hocce principium, ut patet ex diversis Speciminibus Codicis Civilis. Ad totam partem Codicis Civilis *de nullitate matrimonii* magis illustrandam, videtur alicujus momenti esse, ut historiam hujus articuli 140 retractemus, ut exinde appareat, qnantopere priora specimina differunt a Codice nunc vigente, et propter quas rationes recesserunt a principiis in iis expositis. Sequemur hac in re opus Viri Consultissimi Voorduin: *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Deel I et II, ad art. 140, p. 247 sqq.

In Specimine Codicis Civilis a. 1816 cujus auctor

(1) Locré, *legislation Civile*, T. II, pag. 326. Ed. de Bruxelles Tarlier 1836.

(2) Quodammodo id jam vetus jus Francicum praeparavit, in quo valebant juris Cannonici principia, quod praecipue vim habebat in matrimonium. Secundum illud jus matrimonium contra edictum ecclesiae vel judicis contractum propter hoc solum non dirimebatur: imponebatur poenitentia contrahentibus et separabantur, donec de causa interdicti cognosceretur. Sicut jure hodierno erat petitio nullitatis, quae tantum competebat personis lege definitis. Cf. Decret. Greg. Lib. IV. tit. XVI. *De matr. contr. contra edictum ecclesiae* et tit. XVIII. *qui matr. accusare possunt, vel contra illud testari.* Actio nullitatis vocabatur in vetere jure Francico: *appel du mariage comme d'abus.* Cf. Lassaulx, *Commentar über den C. N.* p. 234.

pro maxima parte fuit Vir Clar. Kemper, occurrebat titulus (1), qui inscriptus erat: *van huwelijken welke onbestaanbaar zijn en van die welke kunnen nietig verklaard worden*, in quo etiam agebatur de effectibus nullitatis; unus horum erat, secundum a. 139 hujus Speciminis, quod inter personas, quarum matrimonium semel nullum vel irritum declaratum esset, numquam denuo matrimonium posset contrahi. Recte ille articulus omissus est in Specimine a. 1820, atque tunc meliorem ordinem secuti sunt: titulo enim *de matrimonio* sectio subjuncta est, in qua agebatur *van huwelijken, tegen de voorschriften der wet aangegaan* (2), atque etiam adoptata est differentia inter *nullitatem absolutam* et *relativam*, sicut ea non quidem expressa, sed tamen observata est in a. 180 - 202 *Code Cevil.*

In art. 189, 190, 193 (Ontwerp 1820) haec leguntur. Art. 189: *Alle huwelijken, van welker voltrekking blijkt bij de inschrijving in het trouwregister, of bij een behoorlijk afschrift van hetzelve, of bij zoodanige buitenlandsche akten, als hierna in artikel 870 en 871 zijn aangeduid, blijven bestaan tot zoo lang, dat of:*

1°. *Het aanwezen van omstandigheden bewezen is, om welke de wet het huwelijk* van zelf *en* volstrekt *nietig verklaart; te dien gevolge, dat die* volstrekte

(1) Tit. 9, lib. I, a. 454 - 461

(2) A. 189 - 207 van het Ontwerp van 1820.

nietigheid *als* van regtswege bestaande, *zelfs bij* exceptie *kan worden ingeroepen*, *of:*

2°. *Dat zoodanig huwelijk* door den regter, *op vordering van een bevoegd eischer* vernietigd *is.*

Art. 190. *Wanneer de registers verloren of niet gehouden zijn, geldt het uiterlijk bezit van den huwelijken staat, als bewijs van deszelfs* wettigheid, tot zoo lang het tegendeel zal gebleken zijn.

Art. 193. Volstrekte *nietigheid is alleen aanwezig:*

1°. *Wanneer een huwelijk is aangegaan door iemand, wiens vroeger huwelijk nog bestaat.*

2°. *Wanneer een huwelijk, binnen een' der verboden graden, zonder dispensatie volgens de wet, is aangegaan.*

3°. *Wanneer een huwelijk is voltrokken, zonder verlof van den regter, door iemand, die tijdens het huwelijk, wegens gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele stond.*

Behalve in de gevallen bij art. 193 (Ontwerp 1820) *opgegeven, is* (legitur in a. 198, Ontw. 1820) *geen huwelijk* van zelf *en* volstrekt *nietig.* In articulis 1ae, 2ae, 4tae et 5tae sectionis tituli de matrimonio (nunc, paucis exceptis art. 84 - 104, 105 - 113, 126-137, 138 et 139 B. W. 1837) agebatur de matrimoniis, quae *relative* nulla erant.

Post hanc divisionem generalem indicabantur in art. 200 Speciminis a. 1820 casus, in quibus actio nullitatis competebat: *conjubus*, a. 202 *publico Ministerio*, a. 203 *parentibus*, a. 204 *tutoribus vel curatoribus*, a. 205 *cognatis*, a. 206 *iis quorum interest*, simul

enuntiatis casibus, quibus illud jus oriebatur, mutabatur vel peribat.

Specimine Codicis Civilis deliberationi curiarum Ordinum Generalium subjecto, variae factae sunt animadversiones ad art. 189 - 217 Ontw. 1820. Sic animadvertebatur a tertia Curia, finem horum articulorum esse, ad indicandam differentiam inter *absolutam* et *relativam* nullitatem, atque exponebatur illud discrimen, ut nos superius id explicavimus. Animadvertebatur ab eadem Curia: „*dat de redenen van volstrekte nietigheid geene andere zijnde, dan een vroeger bestaand huwelijk of een graad van bloedverwantschap, waarbij geene dispensatie verkrijgbaar is, het gevolg van een zoodanig huwelijk overspel en bloedschande is; terwijl in geval van betrekkelijke nietigheid, het huwelijk op zich zelf bestaan zoude, indien de wet zulks niet verhinderd had. Men vermeende, dat bij zoo verschillende oorzaken ook de gevolgen verschillend moesten zijn.*" Hinc illud discrimen rejiciebatur a tertia Curia.

Animadvertebatur ab aliis, hocce systema non omnimodo esse perfectum, periculosum este quieti civium, si essent matrimonia, quae ipso jure nulla essent; ab aliis non bene ad certas classes redactas esse diversas nullitates, et caetera. Summa igitur harum animadversionum fuit, quod principium principale adoptatum in Specimine a. 1820, rejiciebatur a sex Curiis Ordinum Generalium, cum septima Curia articulis 189 - 207 Ontw. 1820, subsituere voluit art. 180 - 202 *Code Civil*. Afferebantur ab ea haec verba, quae pro-

nuntiavit **Portalis** (1): » *l'embarras etait de suivre dans la pratique, une distinction qu'il était si facile d'énoncer dans la théorie. De nouveaux doutes provoquaient à chaque instant de nouvelles décisions: les difficultés étaient interminables. On a compris, que le langage de la loi ne pouvait être celui de l'école. En consequonce nous avons appliqué à chaque nullité, les règles qui lui sont propres*" (2).

Hanc ob causam art. 59 Speciminis 23 Nov. 1821, et lex 26 Junii 1822 (Staatsbl. N°. 12) sic sese habebat: » *De* nietigverklaring *eens huwelijks kan alleen door den regter worden uitgesproken.*"

Voci *nietigverklaring* in Specimine mensis Februarii a. 1832 et art. 31 legis 16 Junii a. 1832 (Staatsbl. N°. 24) substituebatur *nietigheid.*

Ex hisce jam satis cognosci possunt rationes, propter quas legislator non voluit matrimonia futura esse, quae *ipso jure* essent nulla. Existabat quasi necessitas juris, quae id prohibebat et recte animadvertit Orator Publicus **Nicolai**, cum de hacce sectione disserit: » *Le mariage intéresse la société; de là il résulte que sa durée et sa validité ne peuvent dépendre de la seule volonté des contractans, mais de la décision du juge. Quelque grave que soit donc la nullité d'un mariage, il subsistera, il produira tous les effets que la loi attribue à la bonne foi des*

(1) *Code Napoleon suivi de ses motifs* T. II, p. 248, ed, stér.; Locré, *Espr. du C. N.* T. III, p. 297.

(2) *Proces verbaal van de 7de afdeeling, van 5 Maart* 1821, *opzigtens art.* 189 *tot* 217 Ontw. 1820.

époux. jusqu'au moment où la nullité en soit prononcée."

Practica utilitas systematis, quod nunc legislator adoptavit, non est refellenda. Gravitas matrimonii fert, ut ejus existentia non diu sit in incertitudine; status liberorum non debet facile impugnari, nec quies familiarum turbari. Favor matrimonii etiam multas introduxit exceptiones juris communis, praecipue in materia nullittatis, quod non difficile sit observatu.

Sed quamquam legislator distinctionem inter nullitatem absolutam et relativam, ita ut haec spectet matrimoninm relative nullum, illa id quod ipso jure nullum est, non observaverit, habet tamen haec distinctio suam utilitatem, quia ex ea cognosci possunt, nullitates, quae nituntur rationibus desumtis ex ordine et moribus publicis, atque eae quarum fundamentum est commodum privatorum; tum in quibusnam casibus Publicum Ministerium, in quibusnam tantum certae personae ad nullitatem possunt provocare. Plurimi auctores juris Francici eam servarunt, atque Codicis Napoleontici confectatores eam ante oculos habuerunt. Hanc igitur observabimus, atque primo agemus de nullitatibus absolutis.

CAPUT SECUNDUM.

DE NULLITATIBUS ABSOLUTIS.



Quamquam nullitas absoluta, ut supra observavimns, non potest convalescere ratihabitione expressa vel tacita, nec etiam tractu temporis, sicut nullitas relativa, quia utilitas publica, quae ejus fundamentum est, non potest pendere ab arbitrio eorum quorum vigilantiae matrimonium commissum est, tamen lex propter validas rationes potest respicere casus, qui aut tollunt publicam offensam, quam dedit matrimonium contractum contra mores vel publicnm ordinem, aut quibus exstantibus, causae ipsae cessant propter quas lex nullitatem pronuntiat. Si enim ab una parte majestas legum videtur postulare, ut austere observentur, atque igitur inutiles declarentur nuptiae contra earum sanctiones contractae, ut ita aliis quasi detur exemplum deterritionis, tamen ab altera parte finis legum etiam est felicitas et quies civium atque ageretur contra earum scopum, si talibus casibus matrimonium pos-

set impugnari. Hinc possumus dividere nullitates absolutas in eas *quae convalescere queunt* et eas *quae convalescere nequeunt;* quam distinctionem etiam nonnulli auctores proposuerunt (1).

SECTIO PRIMA.

DE NULLITATIBUS ABSOLUTIS, QUAE CONVALESCERE QUEUNT.

§

De defectu legitimae aetatis.

Requiritur in matrimonio aetas legitima propter capacitatem moralem et physicam. Capacitas moralis spectat et consensum necessarium ad nuptias contrahendas, et officia, quibus adstringit matrimonium. Ut ille recte detur, atque haec ordine praestentur, necesse est, ut conjuges intellectu praediti sint. Capacitas physica autem requiritur, quia finis principalis matrimonii est sobolis procreatio: hinc debent habiles generando esse. Animi autem et corporis maturitas variat pro variis regionibus, atque in eadem regione pro variis hominibus; debuit tamen legislator normam generalem statuere. Jure Romano, Canonico et vetere

(1) Inter alios Grollmann, *Ausführliches Handbuch über den C. N.* 2 Th. p. 287, 288, qui utitur verbis *heilbar* et *unheilbar;* sicut etiam Toullier in T. I, § 606.

jure patrio definita erat aetas 14 annorum masculis, atque 12 annorum feminis. Haec aetas tamen minime conveniebat nostris regionibus septentrionalibus; recte et magis congruenter legislator statuit in art. 86 aetatem 18 annorum masculis et 16 annorum feminis, permissa regi facultate propter graviores causas prohibitionem art. 96 remittendi. Jure Francico eadem aetas statuta est masculis, quod ad feminas autem, requiruntur tantum 15 anni (a. 144 C. N.).

Voluit igitur legislator tali sanctione prohibere, ne conjuges sibi ipsis atque eorum posteritati nocerent: »*parceque.*" ait Nicolai, »*l'on a été de plus en plus convaincu qu'il fallait empêcher des époux, à peine sortis de l'enfance*, de perpetuer dans des générations imparfaites leur propre debilité" (1). Est tamen aetas legitima non solum definita in favorem conjugum, sed etiam in utilitatem reipublicae, ne scilicet cives, qui ex praematuro coitu nascerentur, debiles essent. Ante hanc aetatem lex praesumit, conjuges minus idoneos esse praestandis officiis matrimonii, nec habiles liberis generandis; ea igitur deficiente, vitium adest, propter quod, quia tam infelices potest producere effectus, matrimonium rescendendum est, ne malum longius procedat.

Actio nullitatis competit: 1°. conjugi, qui non habet aetatem requisitam; 2°. Publico Ministerio, vindici legis violatae (a. 144).

Primo loco: competit conjugi, qui legitimam aeta-

(1) Voorduin, D. II, p. 143.

tem non habet; censetur enim ille plerumque deceptus aut coeco amore abreptus, matrimonium iniisse. Non competit alteri conjugi, quia aliter quis ex suo dolo commodum poterat habere; neo etiam parentibus vel avis; sibi ipsis enim debent imputare, quod consentirent; si antem non consentirent, possunt hanc ob causam matrimonium impugnare; nec competit iis quorum interest. Aliter jure Francico: actio enim competit alteri conjugi (1), parentibus et avis si non consentirent (2), atque iis quorum interest (a. 184 et 186 C. N.).

Secundo loco: competit Publico Ministerio, quia prohibitio art. 86 nititur rationibus desumtis ex ordine publico. Hic tamen memoranda est regula generalis, quam exhibet art. 149: „*Na de ontbinding van het huwelijk, is het openbaar ministerie niet ontvankelijk de nietigheid daarvan te vragen.*" Haec regula convenit naturae Publici Ministerii, quod intercedit, ut ordo publicus restituatur et mores integrae maneant; offensio pnblica, quam antem vult prohibere, cessat morte nnius conjugum, et ejus actio non amplius habet aliqnem finem.

Eadem obligatio jure Francico imposita est Publico Ministerio in art. 189 C. N., cui articulo tamen subjuncta sunt verba: „*et les faire condamner à se sé-*

(1) Improbandum videtur actionem competere conjugi, qui habet legitimam aetatem, nam exstat ei eadem ratio, propter quam interdicta est parentibus. Cf. Duranton l. II, § 315.

(2) Habebant igitur duas actiones jure Francico hisce casibus adscendentes; alteram propter defectum consensus, alteram propter defectum legitimae aetatis.

parer," quae obligatio ei non imposita videtur jure nostro (1).

Haec nullitas quamquam absoluta evanescere potest, duobus casibus exstantibus:

1°. Cum conjux vel conjuges die actionis nullitatis, attigerint aetatem legitimam.

2°. Cum uxor, quae non attigit aetatem legitimam, ante diem actionis gravida sit (a. 144).

Prima exceptio provenit ex rei natura, causa propter quam matrimonium prohibitum erat, qaam supra dedimus, cessavit: et *cessante causa, cessat effectus.* Secundae exceptionis ratio facile observari potest; praesumtioni nitebatur prohibitio, conjuges non generando habiles esse, si autem praesumtio cedit veritati, tum quia prohibitio uxori gravidae apparet ratione caruisse, actio cessare debet (2).

Hae exceptiones repetitae sunt ex jure Francico, quo tamen quodammodo aliter sese habent; legitur enim in art. 185 C. N. » *Néanmoins le mariage contracté par des époux, qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avaient point atteint cêt âge ne peut plus être attaqué, 1°. lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent, 2°. lorsque la fem-*

(1) Cf. quid ea de re animadversum est in deliberationibus hujus articuli apud Voorduin, D. II, p. 267.

(2) Haec exceptio non valet eo casu, quo uxor pubera quae nuberat viro impubero, concepisset, antequam maritus attigisset hancce aetatem; nam ita medium praeberetur uxori, sustentandi crimine conjunctionem imparem. Cf. Toullier, T. I, § 620.

me qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'écheance de six mois." Ex melioribus principiis legislator igitur, tam quod attinet personas, quam tempus quo valet exceptio, valde coarctavit actionem nullitatis; exinde magis prospicit matrimonio, quod non debet facile irritum fieri.

Adest quaestio facti: nam si Publicum Ministerium actionem instituat, et uxor, quae non habuit aetatem legitimam, exeptionem objiciat se gravidam esse, tum actio cessat ex legis sententia: sed quomodo probandum est hanc exceptionem revera exstare? An tunc tribunalia jubere possunt, ut uxor inspiceretur? talis inspectio autem contraria esset bonis moribus; debent igitur suspendere actionem, donec infantis nativitas probarct, justam fuisse uxoris spem in conditione, a qua pendebat ejus exceptio non recipiendi. Et haec etiam legislatoris mens fuit; nam cum animadverteretur hanc exceptionem causam posse dare litibus, quae repugnarent bonis moribus, responsum est: » *la crainte de voir ordonner des visites indecentes est chimérique, car il serait facile de connaître l'époque de la conception, par celle de la naissance*" (1).

---

(1) Voorduin, II D. pag. 257, Duranton, T. II, § 320.

SECTIO SECUNDA.

DE NULLITATIBUS ABSOLUTIS, QUAE CONVALESCERE NEQUEUNT.

---

§ I.

De vinculo matrimonii praeëxistentis.

Polygamia et polyandria non solum adversantur religioni, moribus ac ordini publicis plurimarum gentium Europaeorum, sed etiam a lege ipsa inter crimina accensentur, quae destruunt prosperitatem atque moralitatem publicam (1). Merito igitur legislator noster veram naturam matrimonii secundum jus nostrum civile indicavit, sanciendo in art.. 84: ***de man kan te gelijker tijd slechts met ééne vrouw, de vrouw slechts met éénen man door het huwelijk verbonden zijn.***

Vinculum matrimonii praeexistentis impedimentum absolutum et dirimens est subsequentis, id est prohibet, quominus nuptiae contrahantur cum qualicunque persona, atque efficit nullitatem matrimonii subsequentis. Est nullitas autem perpetua; non potest evanescere tractu temporis, nec confirmari ulla ratificatione expressa, aut tacita; consistit ideo, si bigamia soluta sit vinculo prioris conjunctionis, quae erat impedimentum subsequentis; nam „*l'espoir*," ut rec-

---

(1) *Code Pénal* a. 340.

te ait Toullier, „*que la mort de l'époux delaissé pourrait dans la suite les rendre valables sérait un encouragement à les former. Cet espoir sérait déjà criminel, et pourrait conduire à des crimes plus grands*" (1).

Animadvertendum conditionem tamen liberorum, natorum ante vel post dissolutionem prioris matrimonii, differre; illi sunt naturales, possunt agnosci, atque ideo legitimari matrimonio subsequente; hi autem sunt adulterini, atque minime gaudere possunt iisdem privilegiis.

Matrimonium, quod contrahitur contra sanctionem art 89 impugnari potest:

a. *A conjuge, quocum prius matrimonium exstitit;* ejus enim quam maxime interest, ut titulum defendat, quem semel acquisivit. Potest uti illo jure, ideo vivente altero conjuge; nam ejus interesse *natum* atque *presens* est.

b. *A conjugibus ipsis;* scilicet, tam ab eo, qui incidit in bigamiam, quam ab altero conjuge; potest enim fieri, ut ambo aut saltem unus in errorem ducti, bona fide nuptias inirent, consequens est, ut utroque facultas sit, rumpendi hancce consuetudinem illegitimam; ille etiam conjux, qui mala fide matrimonium contraxisset idem jus habet, nec obstat criminis praescriptio (2).

c. *Ab adscendentibus;* propter arctum vinculum cog-

---

(1) T. I. § 629. (2) Duranton, T. II, § 525 et Sirey 1818. II, 30.

nationis et propter damnum quod ex tali conjunctione iis, atque eorum liberis potest evenire. Censetur eorum amoris atque honoris gratia interesse: caeteri autem, quorum interest (*belanghebbenden*) pecuniae gratia.

Jure Francico minus constat, utrum adscendentes, vivente conjuge eorum descendente, matrimonium possint impugnare, an non; quae quaestio non amplius exstat jure nostro nec valde gravis est jure Francico, nam possunt adscendentes movere Publicum Ministerium, cui persequenda sunt facta ei delata (1).

Adscendentes in nullitatibus absolutis omni tempore actionem possunt instituere ideo viventibus vel silentibus parentibus, nec in iis illa hierarchia constituta est, ut in nullitatibus relativis (2).

d. *Ab omnibus, quorum interest;* sunt illi, sive cognati collaterales atque liberi ex priore matrimonio nati, sive extranei. Illorum potest interesse, quia heredes sunt unius alteriusve conjugis; horum quia creditores sunt, exempli gratia, uxoris, quae legitime nupta est personae alicui, exstante bonorum communione; eorum igitur interest, ut secundum matrimonium nullum declaretur, ad eorum jura exercenda in bona communia viri legitimi (3).

---

(1) Cf. Toullier, § 633 et Duranton, § 328, qui putant adscendentes actionem non habere vivente conjuge; contrarium autem defendit opinionem Delvincourt.

(2) Cf. Voorduin, D. II, p. 254 et 258.

(3) Asser, *het Nederl. burgerlijk wetboek vergeleken met het wetboek Napoleon*, p. 58. De jure creditorum im-

In omnibus tamen casibus, quibus actio iis competit, quorum interest, non eam instituere possunt, quamdiu vivant conjuges; requiritur enim, ut causa cur eorum interest, sit nata atque praesens (a. 148). Haec dispositio desumta est e Codice Napoleontico art. 187 et in nostrum Codicem translata, ad evitandas innumeras lites, quibus alioquin avidi collaterales conjuges feliciter secum viventes propter causas pecuniarias, sordide turbare studerent. Causa igitur, ob quam illis personis actio competit nititur longe alio fundamento, quam ea, propter quam adscendentibus data est, qui, ut vidimus, actionem ideo viventibus conjugibus instituere possunt. Personis autem, quarum interest non prius nascitur causa actionis, nisi dissoluto matrimonio; tunc iis probanda est matrimonii nullitas, ad disputanda liberis ex illo illegitimo coitu procreatis jura hereditaria. „*Or la loi*," ait Duranton, „*a voulu mésurer les droits des collatéraux sur leur interêt*" (1).

Quod autem attinet liberos ex priore matrimonio procreatos, recte iis actio non concessa est viventibus parentibus, quamquam in art. 145 *in eodem casu* iis competit jus intercedendi eorum matrimonio contra-

---

pugnandi matrimonium. Cf. Zachariä, *Handb. des Französischen Civilrechts*, dritter Band, 2te Ausgabe, p. 60.

(1) T. II, § 327, ubi loquitur de casu, quo potest collateralium interesse, viventibus conjugibus scilicet, si conjux eorum cognatus, excludatur a successione tanquam indignus, atque ejus liberi hanc capiant. Possunt tamen non prius quam post ejus mortem actionem nullitatis instituere, atque simul petere, ut hereditas iis restituatur.

hendo; illud autem iis datum est, ut praeveniant, ne parens crimen perpetraret, si autem etiam actio nullitatis vivente parente iis permissa esset, non solum ignominiam parentis in lucem proferrent, sed etiam locum darent ejus condemnationi ad poenam famosam, quod omni casu pietati, atque reverentiae parentibus debitae, nec minus humanitati contrarium esset (1).

e. *A publico Ministerio;* quia tales conjunctiones, ut vidimus, adversantur moribus ac ordini publico nostrae civitatis; nec subsistere debent vincula criminalia. Illam autem potestatem P. M. non aliter exercet, nisi, ut praescribit art. 149: *na de ontbinding van het huwelijk.* Attendenda tamen sunt haecc verba, quia in hoc casu dubium potest videri, de quonam matrimonio intelligenda sint, de priore an de posteriore? Non differt, utrum prius an posterius dissolutum sit, nam actio conceditur Publico Ministerio propter offensam publicam, quam dat talis conjunctio; haec tamen non adest, nisi eodem tempore subsistat utrumque matrimonium (2).

Si autem Publico Ministerio cura sit solvendarum illegitimarum nuptiarum, ita ei videtur tribuenda esse potestas sustinendarum legitimarum conjunctionum. An igitur ei jus tributum est appellationem interjiciendi a sententia, quae declaravit nuptias nullas, quae rite ac legitime contractae erant? In hac quaestione tamen magnopere tribunalia in Francia dissentiunt. Ex-

(1) Asser, opere laud. p. 58 et 59.
(2) Duranton, T. II, § 330.

stant sententiae, quae decernunt illud jus ei competere (1), sed contrariam doctrinam statuit Curia Cassationis (2), quia haec facultas ei non expresse lege data est; sed recte hac de re animadvertit Duranton: »*Cette jurisprudence*," inquit, »*peut être conforme à la lettre de la loi, mais elle en prouve l'imperfection. C'est un point, qui reclame toute la sollicitude du legislateur, une lacune qu'il doit s'empresser de combler*" (3). Eandem hanc sententiam etiam nos adoptamus: nam si ab una parte lex atque boni mores postulant, ut matrimonium adversus leges contractum annulletur, ab altera parte non minus exigunt, ut conjunctio legitime inita vindicetur atque defendatur. Si enim aliter esset, conjuges impune violarent fidem sanctam matrimonii, atque via pateret ad conjunctiones illegitimas.

Sed a quocunque matrimonium impugnetur, si novi conjuges vel unus eorum, matrimonii prioris contendant nullitatem, ejus valor vel nullitas antea dijudicanda est (a. 141, 2°.). Ab hacce quaestione, quae vocatur in jure *praejudicialis*, pendet enim matrimonii sequentis valor vel nullitas (4).

---

(1) *Arrêt de la Cour Bruxelles du 1er Août* 1808, (Sirey, 1808, prem. partie, pag 273; atque *Arrêt de la Cour de Pau* (ibidem T. IX, sec. partie, pag. 241).

(2) *Arrêt du 1er Août* (Sirey, 21. I. 54.) et *Arrêt du 5 Mars* 1824 (ibidem 22. I. 197).

(3) T. II, § 344; sic etiam putant Delvincourt, T. I, p, 372 et 373 et Toullier T. I, § 648, P. M. agere posse per viam appellationis; caeterum sententia citata curiae Bruxellensis magnopere arguit vera esse Durantonii verba.

(4) Cf. de hacce quaestione Duranton T. II. § 144-147.

§ II.

De matrimonio, cui obstat cognatio vel affinitas, inter adulterum et adulteram, atque inter personas divortio sejunctas.

Ordine in Codicis art. 145 stabilito servato, has tres species nullitatis conjunximus, non quia ejusdem sunt naturae, sed quia eidem generi personarum ad eas provocare licet.

Primo loco: matrimonium nullum est, quod contractum est inter gradus prohibitos.

Nullitas, quae oritur ex matrimonio incestuoso, absoluta ac perpetua est, nam vincula cognationis aeqne subsistant, ac ii, qui iis junguntur; nec solvitur affinitas inter unnm conjugem, atque cognatos alterius dissolutione matrimonii (a. 352). Ideo in iis casibus, ubi Rex potest eximere a prohibitione, semper actio nullitatis institui potest, si venia non data sit, antequam matrimonium contractnm sit.

In linea recta matrimonium prohibitum est, inter adscendentes et descendentes legitimos et naturales; aequaliter inter personas affinitate conjunctas (a. 87 et l. 53 D. *de ritu nuptiarum*). Est enim omnibus gentibus innatus quasi horror, qui homines repellit a talibus conjunctionibus.

Diximus, matrimonium prohibitum esse inter adscendentes ac descendentes tam legitimos, quam naturales. Lex autem in art. 342 prohibet, quominus inquiratur in patrem infantis naturalis. Sed an non po-

test ad recte applicandam sanctionem art. 87 in ejus paternitatem inquiri? Quaestio a lege non soluta est: secundum autem doctrinam interpretum, ac ob rationes, propter quas inquisitio in paternitatem prohibita est, illa sanctio tantummodo referenda est ad eos casus, in quibus cognatio *constans atque legaliter stabilita* est (1),

In linea obliqua matrimonium prohibitum est, propter rationes honestatis atque ordinis publici: 1°. inter fratrem et sororem, sive legitimi sint, sive naturales (a. 87); 2°. inter fratrem et sororem affinem, legitimum vel naturalem, atque 3°. inter eos, qui parentum et liberorum inter se locum obtinent, ut e. g. inter patruum vel patruum magnum et fratris vel sororis filiam aut neptem, atque inter amitam vel amitam magnam, atque fratris vel sororis filium vel nepotem, sive legitimi sint, sive naturales, permissa autem Regi facultate propter graves causas tollendi prohibitionem (a. 88). Naturalis autem cognatio vel affinitas etiam in hisce casibus non aliter videtur obstare, nisi sit *constans* atque *notoria* (2).

Si autem aliquis, sine praevia venia uxorem duxisset inter gradus prohibitos in regione extranea, qua tale matrimonium permissum esset, tamen illud nullum potest declarari, quamquam actus non transscriptus sit in actubus status civilis, atque conjuges non

(1) Duranton, T. II, § 157 sqq. et Siray, 1812, II. 438.

(2) Zachariä, dritter Band, p. 22, Locré, II. 110. et Merlin voce *Empêchement*.

publica non permittit conjuges renovare posse vincula conjunctionis ex voto contrahentium non dissolvendae, quam autem ob legitimam causam ruperunt: non debet illa conjunctio ansam praebere spei sibi acquirendi commoda in fraudem creditorum, aut satisfaciendi voluptatibus, atque recte Orator Publicus Nicolai animadvertit: „*des époux divorcés pourraient, sans la prohibition, faire succéder plusieurs mariages à plusieurs divorces. L'union la plus indissoluble par sa nature et la plus respectable par ses effets, deviendrait donc le jouet des passions les plus viles, et servirait de manteau aux calculs les plus honteux*" (1).

Hae postremae prohibitiones etiam occurrunt jure Francico (a. 298 et 295 C. N.): legislator autem non statuit, utrum ad dirimentes an ad prohibitorias pertineant. Hinc diversitas sententiarum; plurimi tamen interpretes putant his casibus matrimonium non inutile esse, quia nullitatem ex legis sententia extendere ad casus non determinatos non opportebat; tales quaestiones igitur semper in jure Francico pendent ab arbitrio judicum, quod non approbandum nobis videtur locum habere in materia gravissima matrimonii. Melius igitur legislator noster egit, tum hancce lacunam juris Francici supplendo, cum decernendo eas prohibitiones pertinere ad impedimenta dirimentia, quae, si adversus ea agatur, matrimonii operant nullitatem; nituntur enim, ut jam animadvertimus, ratio-

(1) Voorduin, D, II, pag. 150 et 151.

nibus desumtis ex moribus et ordine publico. Ad matrimonii nullitatem autem provocare possunt, in hisce tribus casibus:

a. *Conjuges.*

b. *Parentes aut descendentes;* atque hi adeo viventibus vel silentibus patre vel matre.

c. *Omnes, quorum interest;* sed solummodo, cum habeant *een reeds verkregen en dadelijk belang* (art. 148). Collaterales illud interesse generaliter non prius habent, quam post mortem conjugis eorum cognati; liberorum autem non interest provocare ad nullitatem.

d. *Publicum Ministerium;* ratione habita art. 149.

§ III.

De dementia, propter quam cura exstat.

Qnamquam in jure Francico (a. 174 2°. C. N.) jus datum sit familiae intercedendi matrimonio, cnm haec intercessio niteretur *statu dementiae conjugis*, nullo loco tamen potestas ei concessa est, petendi propter hanc causam matrimonii nullitatem. Legislator Francicus quidem voluit prohibere matrimonium ejus, qui erat in interdictione propter dementiam, id patet ex discussione habita de articulo 146 C. N.: „*il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement;*" nam delevit articulum, qui exhibuit expresse hancce prohibitionem, quia illa videtur inesse articulo 146 (1);

(1) Locré T. III. p. 49 et *Espr. du C. N.* T. III. p. 46.

in statnendis tamen articulis 180 et 181 Cod. Nap. conconfectatores magis mentem habnerunt dirimendi effectus vis et metus, quam nullitatem pronuntiandi matrimonium personae, quae non capax esset ad dandum consensum. Quaestio igitur videtur commissa sapientiae atque prudentiae tribunalium: secundum sententiam interpretum in ea usu veniunt art. 502 et 503 Cod. Nap. (1).

Negandum non est lacunam hac in re exstare in jure Francico; hanc legislator noster supplevit et accurate definivit, ad quodnam genus haec nullitas pertineat, quibus personis actio nullitatis competat, atque quando haec cesset, si cura sublata sit.

Ad essentiam matrimonii requiritur, ut contrahentes libere consentiant. Hunc concensum autem non dare possint ii, qui intellectu carent, ut dementes, imbecilli et furiosi, quia non voluntatem habent: „*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est: sed recte contractum non impedit;*" L. 16, § 2, D. *de Ritu nupt.* Si igitur dementia tam notaria sit, ut furioso curator datus sit, matrimonii, quod contraheret in eo statu, nullitas pronuntianda est in utilitatem pnblicam atque in ipsius commodum. In civitate enim bene ordinata sanctitas atque natura matrimonii, quod *consortium vitae* debet esse, publicus ordo, atque quies interna familiarum, quos leges student conservare, non patinntur, ut furiosi nuptias

(1) Inter alios conferantur Duranton, l. II, § 22 sqq. et Delvincourt.

contrahant. Hinc Publicum Ministerium ad reparandum ordinem turbatum, ad nullitatem talis matrimonii potest provocare. Si enim Pnblico Ministerio in multis casibus potestas data sit petendi curam furiosi, si ei obligatio imposita sit intercendi matrimonio, quod contrahere velit, consequens est, ut etiam vigilet illius commoda, qui se ipsum defendere non potest. Non aliter tamen illud jus exercet nisi exstante matrimonio, quia post ejus dissolutionem cessat perturbatio, quam restituere vult (art. 149).

Sed etiam in furiosi commodum pronuntianda est nullitas. Censetur non intellexisse quod fecit, cum iniret nuptias, atqne in plurimis casibus ejus conjux praesumitur non habuisse consilium honestum. Ad defendenda ejus jura actio data est patri, matri, atque aliis descendentibus, fratribus, sororibus, patrno aut avunculo, materterae ant amitae, atque curatori. In Specimine 23 Nov. 1821 actio etiam coucessa erat *curando* ipso; sed quia non facile illnd jus poterat exercere, haec dispositio ex Codice omissa est, atque solum ei concessum est, postquam cura sublata sit. Possunt personae, supra nominatae, ideo actionem instituere silentibns patre et matre, nam cum hac de re quaesitum sit, responsum est: » *il ne s'agit pas ici d'une nullité relative aux demandeurs, mais d'un secours que tous les parens sont ténus de donner à la personne, qui ne peut agir par elle même*" (1). Ad remotiores cognatos illud jus non extensum est, quia

(1) Voorduin, D. II, p. 254.

satis prospectum est curando, atque ratio hujus legis non nititur in cognatorum, sed in curandi utilitate. Dixit enim Minister Justitiae, cum rogaretur a Sectione Ordinum Generalium, ut illud jus porro extendatur; haec: » *Het oogmerk van den wetgever bij deze wetsbepaling, is geenszins (zoo als de meerderheid dier sectie vooronderstelt) om aan de bloedverwanten in de zijdlinie de voordeelen te verzekeren, welke zij bij erfopvolging zouden kunnen bekomen, maar integendeel, om in het belang van dengenen, die onder curatele is gesteld, de nietigheid te doen verklaren van een door hem aangegaan huwelijk, en alzoo verbindtenissen van dien aard tegen te gaan*" (1).

Ex hisce jam patet actionem nullitatis hocce casu cognatis ex longe alio fine concessam esse, quam in caeteris casibus. Lex autem actionem non videtur restrixisse ad tempus quo vivit curandus, ita ut cognati eam etiam possent instituere post ejus mortem, quamquam id contrarium videatur rationi, propter quam personis memoratis datum est jus impugnandi matrimonium, atque in caeteris actibus nullitas tantum pronuntietur, si actus ipse dementiam probaret (2). Ex eo etiam effici potest, eos illud jus tunc servare, quia in Codice omissa sunt verba, quae occurrunt in Specimine 23 Nov. a. 1821. » *Deze nietigheid kan niet worden ingeroepen na de ontbinding des huwelijks*" etc. Et potest tunc eorum quam maxi-

(1) Voorduin, D. II, p. 255.
(2) Art. 502 B. W. B.

me interesse ad disputanda conjugi jnra hereditaria. Dicitur in art. 143: » *Wanneer een huwelijk is aangegaan door iemand, die, uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens, is onder curatele gesteld, kan de wettigheid des huwelijks worden betwist*" etc. Sed si quis antequam ei curator datus sit nuptias contraxisset, tempore quo causa curae jam aperte exstabat, an tunc etiam ejus matrimonimum potest impugnari? Si judicemus ex principio generali art. 501, affirmandum videtnr; sed legislator exceptionem fecit in art. 143, atque tanquam verum indicium furoris, propter quem matrimonium rescindendum est, statuit tempus ex quo ei cura concessa est.

Lex autem discernit inter tempus, quo cnra perdurat, atque inter id quo cessat. Natura enim nullitatis, qnae priore casu absoluta fuit, nunc mutat et fit relativa. Ille, qui a cura sublatus est censetur recuperavisse intellectum, atque consequenter solum dijudicare posse quid sibi utile sit; solus igitur potest impugnare matrimonium, quod contraxisset eo tempore, quo discernere suam utilitatem nequiverit. Hoc jure tamen uti debet intra sex menses a die quo cessavit cura. Si enim intra has sex menses cohabitaverit cum uxore sua, lex praesumit eum hoc facto tacite ratihabuisse matrimonium, quod ceteroquin etiam expresso videtur fieri posse.

Matrimonium igitur ejus, qui non habet voluntatem atque idcirco non potest consensum dare, inutile declarari potest; an idem autem dicendum est de surdo et muto? Id non videtur, si alio modo clare vo-

luntatem suam potest manifestare, exempli gratia, per aliquem actum vel signum aliquod, nec etiam requiritur in art. 135, ut id fiat ore, atque id eo magis nobis videtur dicendum quod attinet jus nostrum, quia ideo matrimonium per procuratorem contrahi potest. Si igitur satis apparet de consensu surdi et muti, ejus matrimonium nullo laborat vitio, atque non impugnari potest. Quia autem nihil in Codice de tali matrimonio statutum est, ita res magis videtur commissa magistratibus status civilis atque judicibus. Idem dicendum est de jure Francico (1).

§ IV.

De incompetentia Magistratus status civilis, atque de defectu numeri testium requisiti.

Consensus, non vero nuptiarum ritus efficit matrimonii essentiam; interest tamen societatis, ut ille consensus detur forma solenni, nam societas obligationes contrahit erga conjuges, quorum conjunctio ei colenda est; hanc protegit contra licentiam aliorum, sed hanc ob causam etiam necesse est, ut contrahatur ante oculos omnium, ut ita rite ac legitime de ejus existentia constet. Voluerunt igitur legislatores, ut matrimonium quantum fieri possit publice celebretur, atque hunc in finem multas constituerunt so-

(1) Cf. Locré, ad art. 146 et Merlin *Rep.* voce *Sourd-Muet*, § 2.

lennnitates, multasque formas praescripserunt, quarum omissio, quia omne id, quod ad publicam formam pertinet, observandum est, producit nullitatem absolutam. Non tamen omnium inobservantia hanc efficit; sunt enim earum solennitatum, quae magis sunt remedia praeservatoria, praescripta ad majora mala evitanda, quam ritus qui ad actus substantiam pertinent; hinc tantummodo iis neglectis, qui a JCtis vocantur *essentiales*, adest nullitas absoluta.

Ut autem matrimonium cinctum sit ea publica notitia, qua lex tendit requiritur: 1°. ut contrahatur publice in aedibus communis; 2°. coram magistratui status civilis unius contrahentium; 3°. in praesentia quatuor testium, qui debent esse cognati vel extranei, masculi, puberes, atque incolae nostri regni (a. 131).

Si prima conditio deficit, ob validas rationes matrimonii non sequitur nullitas, ut posterius videbimus; posteriorum autem gravitas majorem severitatem postulavit (a. 147.). Magistratus status civilis, tanquam minister legis, necessarius testis est matrimonii contrahendi. Ex potestate lege ei concessa pronuntiat verba: E g o v o s d e c l a r o c o n j u n c t o s v i l e g i s. Necesse tamen est, ut haec potestas sit legitima, id est, debet magistratus competens esse.

Incompetens potest esse ratione personae et ratione territorii.

Non requiritur, ut in jure Francico, quod attinet matrimonium domicilium speciale sex mensium (1),

(1) Art 74 C. N.

sed si neuter contrahentium domicilium habeat in eo communi, quo magistratus munere suo fungitur, tum sane incompetens fuit magistratus illius communis.

Aequaliter incompetens est, si celebret matrimonium extra ejus territorium; quamquam magistratus sit unius contrahentium. Magistratus enim respectu alii quam sui communis non aliter est, quam persona privata.

Requiruntur porro quatuor testes, qui ut in omnibus publicis actubus, testamentis vel actubus notariis, pertinent ad substantiam actus, sive quibus ille actus non exstat. Id autem valet de *numero* testium, non autem de *qualitate*; legitur enim in art. 147 2°: » *In geval van overtreding van art. 131, voor zoo veel de hoedanigheid der getuigen betreft, is het huwelijk niet noodwendig nietig, maar zal de regter naar de omstandigheden beslissen.*"

Ratio hujus exceptionis ex deliberationibus patet esse, quia perdurum esset, si matrimonium posset irritum fieri, ceteroquin bona fide contractum, quia e. g. unus testium non pubes fuit. Tota quaestio igitur tradita est prudentiae tribunalium, quae judicabuntur secundum circumstantias, nam si e. g. conjuges dolo malo in fraudem legis, quatuor adhibuerint testes, qui peregrini fuerunt, matrimonium sane nullum declarabitur (1).

Hisce duobus casibus, Codex Napoleonticus in art. 191 etiam pronuntiat nullitatem; ex art. 193 tamen

(1) Voorduin D. II, pag. 263.

effici videtur, quaestiones quae subvenerint, etiam pendere a judicum arbitrio, quod jure nostro solum de uno hocce casu dici potest. Erant tamen quaestiones jure Francico semper dubiae, quas etiam interpretes in diversas partes traxit: melius noster legislator egit, quod manifeste hac de re suam voluntatem patefecerit.

Matrimonium impugnare possunt:

a. *Conjuges;* haec facultas autem cessat secundum art. 147 3°: „*Wanneer er uiterlijk bezit van den huwelijken staat aanwezig is, en er eene akte van huwelijksvoltrekking, ten overstaan van eenen ambtenaar van den burgerlijken stand verleden, vertoond wordt.*" Illa dispositio desumta est e jure Francico (a. 196 C. N.) quo tamen magis generalis erat; jure nostro tantummodo valet de hisce duobus casibus. Cum igitur possessio externa matrimonii exstet atque actus praebeatur, qui ab aliquo magistratu status civilis expeditus est, sive competens sit an non, conjuges qui ut vir et uxor vixerunt, non possunt provocare ad nullitatem; nam id contrarium esset fidei matrimonii, quam leges debent conservare.

b. *Pater, mater* et *alii descendentes.*

c. *Tutor* et *tutor subrogatus.*

d. *Omnes quorum interest;* tamen solummodo post mortem conjugum (art. 148).

e. *Publicum Ministerium;* sed non aliter quam viventibus conjugibus (art. 149).

CAPUT TERTIUM.

DE NULLITATIBUS RELATIVIS.



Nullitates relativae nituntur, ut jam animadvertimus, rationibus desumtis ex commodis privatorum. Hinc ii solum, in quorum favorem introductae sunt, ad eas provocare possunt.

Oriuntur vel ex defectu consensus conjugis, sive vi et metu coactus, sive lapsus sit in errorem erga personam conjugis, vel ex defectu consensus parentum, adscendentium aut aliornm quorum consensus requiritur in casibus a lege expressis.

In § 3 Capitis II etiam attingimus casum, quo exstare potest nullitas relativa; si enim ille, cui propter dementiam curator datus est, in eo statu matrimonium contraxerit; exstante cura illud ab omnibus quorum interest impugnari potest, sublata autem cura, ab eo solummodo qui nuptias inivit.

§ I.

De defectu consensus conjugum.

Est regula notissima: *nuptias non concubitus, sed consensus facit.* L. 30. D. *de R. J.* Vidimus matrimonium irritum posse fieri, si consensus plane defecerit, sed requiritur etiam, ut ille consensus recte adsit, ut liber veniat; est illud requisitum principale, et ut dicitur in art. 85 *essentiale*, sine quo matrimonium non exstare potest. » *Requise dans tous les contrats la liberté doit être surtout parfaite et entière dans le mariage; le coeur doit, pour ainsi dire, respirer sans gêne dans une action à la quelle il a tant de part; ainsi l'acte le plus doux doit être encore l'acte le plus libre''* (1).

Consensum, ut in omnibns contractibus, ita in matrimonio vitiare possunt vis et metus atque error. De utroque singulatim agemus.

De vi et metu.

Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus; quem comprobare, contra bonos mores est. L. 116. D. *de R. J.* Vis autem, sive physica sit, ut in raptu, sive moralis, si e. g. consensus consecutio sit comminationis, debet talis est, ut cadat in constantem virum: *en wanneer het hem de vrees kan inboe-*

(1) *Exposé des Motifs du Code Civil* p. 95.

zemen, dat hij zijnen persoon of zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwezend nadeel zoude blootstellen (1). In dijudicanda autem hacce quaestione judex debet rationem habere aetatis, sexus atque conditionis personarum (a. 1360). Metum praesentem esse opportet; secundum igitur haec principia metus reverentialis, talis displiciendi patri, matri vel aliis adscendentibus, sine aliqua vi, non sufficit, ut irritum faciat matrimonium, nec vagae comminationes, quas pater faceret filiae, e. g. ut eam exhaeredaret. Si autem vis tam gravis sit, ut vitiet consensum, non differt, utrum illata sit uno contrahentium an ejus patri, matri vel alio adscendenti, aut descendenti (a. 1361) (2).

Praeter matrimonii nullitatem, in eos, qui vim intulerunt in plurimis casibus poenae pronuntiantur criminales (3).

De errore.

» *Geene toestemming is van waarde, indien dezelve door dwaling is gegeven, door geweld afgeperst, of door bedrog verkregen*" (art. 1357). *Non videntur,*

(1) Art. 1360 B. W. B. Cf. etiam L. 6 et 9. pr. D. *quod metus causa.*

(2) De raptu, qui vi factus erat, atque de raptu seductionis, qui eppellatur *raptus in parentes* in vetere jure Francico, Cf. Duranton T. II. § 52–54. Toullier T. I. § 510, 511. Jure hodierno non distinguitur inter hos casus. Justinianus prohibuit omne matrimonium inter raptam et raptorem § 1 in fine Cod. *de raptu virginum.*

(3) Art. 354, 355, 356 et 357 *Code Pénal.*

qui errant, consentire (L. 116. § 2. D. *de R. J.*). Illud principium applicatur omnibus conventionibus, et error, qui ut eleganter ait Duranton: *n'offre qu'un vain simulacre au lieu de la réalité*, est etiam causa nullitatis in contractu gravissimo omnium vitae civilis.

Eadem tamen gravitas matrimonii fert, ut error tantummodo sit causa nullitatis eo casu, quo, ut ait idem Duranton: „ *il n'est qu'une pure fiction, revêtue, il est vrai, de formes semblables à celles qui environnent un mariage créé par un concours de volontés réelles, mais une fiction dépouillée de ce qui constitue l'essence de tout contrat quelconque, le consentement des contractans sur* l'objet principal *du contrat*" (1). Error igitur solum intelligendus est de persona *physica*, si e. g. Titia substitueretur Maeviae, nec omnino de persona *morali*, idcirco is, qui erravit circa qualitates morales personae, quacum matrimonium iniit, non potest petere illius nullitatem. Hae qualitates sunt: conditio, quam occupat talis persona in societate, ejus fortuna, mores, et indoles; denique ejus status civilis, patria, nomen et familia (1).

Valet igitur matrimonium, si quis uxorem duxerit pauperem, quam credidit divitem esse, aut si duxerit meretricem pro pudica, viduam pro virgine, peregrinam pro Batava; in his omnibus casibus error non cadit in persona, et sane multa matrimonia impugnarentur, si tales causae admitterentur. Atque ideo se-

(1) Duranton T. II. § 55.
(2) Toullier T. I. § 515.

eundum Pothierum (1) error circa qualitates, non causam dabit actioni nullitatis, cum etiam ortus esset ex machinationibus fraudulatoriis alterarum partium.

Cum autem casus erroris per substitutionem unius alteri personae non facile excogitari potest, propter multas eas solennitates, quae antecedunt matrimonio, multi auctores putaverunt, hic etiam in censum venire errorem in *persona civili*, sive de *statu civili* alicujus personae, ejus nomine, vel familia. Ex discussionibus habitis de art. 180 C. N. patet, illius Codicis confectatores revera cogitavisse de hocce errore; sententiae autem in diversas partes abierunt, res indecisa mansit, atque tradita est arbitrio judicum. Caeteroquin videntur non voluisse excludere huncce errorem, quia verba: *erreur dans la personne* in art. 180 retinuerunt; his enim Curia Cassationis substituere rogavit verba: *erreur sur l'individu*, quae verba pro maxima parte difficultates sustulissent; atque etiam noster legislator, qui secutus est in art. 142 textum juris Francici, hunc non videtur voluisse excludere (2), praecipue si error in qualitate producat errorem in persona, et exinde oriatur defectus consensus, atque praeterea si machinationes alterarum partium tales fuissent, ut sine illis non contraxisset matrimonium, quod etiam videntur indicare verba: *in dwaling gebragt.*

---

(1) *Traité du Mariage* N°. 310 sqq.

(2) Quaestio tamen difficilior est, si de vera mente nostri legislatoris quaeramus, nam cum rogatum sit de genere erroris, responsum est: *le texte est clair*, *l'erreur* dans la personne même. Voorduin, D. II, p. 253.

Affertur exemplum, quo error in nomine et familia potest secum trahere errorem in persona a Durantonio (1): » *un prince demande en mariage la fille ainée d'un prince voisin, héritière de la principauté de son père; on lui envoie la cadette, qu'il épouse croyant épouser l'ainée; on dit qu'il y erreur sur la personne, aussi bien dans ce cas que dans celui où l'on a substitué Jeanne à Marie, parcequ'il est moralement certain que le prince ne voulait épouser que l'ainée, héretière de la principauté de son père; que cette considération a determiné son choix.*" Ille error igitur non potest aliter evenire, quam in casu, quo ante tempus matrimonii contracti altera persona alteri incognita sit.

Sic potest adesse error in persona civili, si crederem uxorem ducere filiam Titii, quae postea apparebat esse filiam Caji.

Plurimi auctores juris Francici, ut Duranton, Toullier, Delvincourt contendunt errorem in *persona civili* etiam causam esse nullitatis; afferunt ad sustentandam eorum sententiam spatium sex mensium (quod jure nostro ad tres menses restrictum est) cohabitationis: *depuis que l'erreur a été par lui reconnue* (2), exinde concludunt legem supponere, hunc errorem solum recognosciturum esse post spatium magis vel minus longum, sed non immediate post ejus celebrationem, quia in hacce hypothesi spatium

(1) T. II. § 64. Cf. etiam Toullier § 621.

(2) Art. 181 C. N. in nostri Codicis articulo 142 eadem verba leguntur.

opporteret currere ab eo die; error enim in persona physica statim cognosci potest.

Matrimonium autem solum impugnari potest: » *door de echtgenooten of door de gene van hen, wiens toestemming niet vrij is geweest*" (a. 142), quae verba postrema satis indicant actionem non competere alteri conjugi, cujus consensus liber venit, quod etiam contra rationem juris esset. Haec actio competit tam conjugi majori quam minori, quia matrimonium emancipat matrimonium (art. 385), nec competit parentibus vel adscendentibus, vivente conjuge eorum descendente; si enim minor sit, atque non consenserint possunt matrimonium impugnare propter eorum deficientem consensum; atque si vi coacti vel in errorem inducti consenserint, quaestio etiam videtur redire ad art. 146 et hic in censum veniunt art. 1357 et 1359. Spatium tunc habent in art°. 146 indicatum, a die quo cessaverit vis in eos illata, aut quo error agnotus sit, atque illud vitium itidem evanescit eorum ratificatione expressa vel tacita. Si e contrario conjux major sit, ipse censetur dijudicare posse de vi vel errore; nec etiam videntur adscendentes illud jus habere, tanquam heredes, si conjux moriretur intra spatium utile, atque matrimonium non ratumhabuerit, quamquam nulla ratio obstet; videtur tamen illa facultas hic personalis esse. Si autem moriretur pendente lite, heredes ejus actionem possunt persequi vi regulae: *omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent*, L. 139 D. *de R. J.*, quae regula consacrata est jure nostro articulis 326 et 1729.

Quia haec nullitas relativa est, exinde sequitur etiam eos, in quornm favorem introducta est, matrimonium, quod initio nullum erat, expresse vel tacite posse ratumhabere; matrimonio enim, nec caeteris contractibus, applicanda est regula Catoniana: *quod ab initio vitiosum est, nullo tractu temporis convalescere potest.*

Vitium consensus non potest evanescere eo tempore, quo adhuc exstant vis vel error. Postquam tamen cessaverunt, matrimonium potest ratumhaberi, sive expresse, sive tacite.

Ratihabitio tacita praesumitur *juris et de jure*, si cohabitatio adsit. Quia autem haec dubia videretur, requiritur non solum ut sit *continua*, sed etiam ut perduret tres menses; post illud spatium vitium nullitatis purgatur: si autem cohibitatio non fuerit continua vel non perduraverit tres menses, tunc videtur applicari posse regula generalis, quae in contractibus in usu venit, qua eorum vitia purgantur spatio quinque annorum, a die quo vis cessaverit, vel error agnotus sit (a. 1490).

Ut autem ratificatio tacita adsit, factum ex quo eam volunt derivare, necessario debet cohaerere cum voluntate ratumhabendi matrimonium. Ita consommatio matrimonii, interventus ideo infantis nati ante exitum tres mensium non aequiparandi sunt ratificationi expressae; censetur infans natus esse, antequam vis aut error cessaverint, nam quamquam legitimus sit, ejus existentia non probat conjugem, qui vi coactus aut in errorem lapsus erat, expresse ratumhabuisse matrimonium; nec

erit exceptio non recipiendi contra actionem nullitatis, quae instituta est intra tres menses.

Quamquam non in hoc casu, ita ut in art. 146, dicitur matrimonium expresse posse ratumhaberi, nulla ratio tamen obstat, atque id potest fieri quoque actu, qui continet certam approbationem, quae data est tempore, quo conjux libertatem plenam recuperaverit vel error in lucem proditus sit.

In art. 200 Speciminis a. 1820 inter causas, propter quas conjuges soli petere possunt nullitatem matrimonii, enumerantur:

4°. *» Door den man, ter zake dat de vrouw ten tijde van het aangaan des huwelijks, zwanger is geweest bij een' ander, zonder dat hij daarvan heeft kennis gedragen;*

5°. *Door dien der echtgenooten, welke bewijzen kan, dat de andere, reeds bij het aangaan des huwelijks, door een ongeneeslijk gebrek, het zij aangeboren, het zij toevallig, tot voortteeling onbekwaam was.*"

Prima causa rejiciebatur, propter difficultatem probationis, atque quia exinde multae controversiae possunt oriri inter conjuges.

Secunda causa (N°. 5.) quidem rejecta est, sed sententiae hac de re magis discrepaverunt. Ansam enim praeberet (id ab una parte animadversum est) litibus turpibus, atque gravibus quaestionibus propter difficultatem probationis. Ab altera parte tamen, exstant de hacce quaestione, quam etiam jus Francicum non solvit, sententiae contrariae tribunali-

tum (1), atque ideo **Merlin** (2) putat ob hanc causam matrimonium annullandum esse; impotentia ita adversari videtur fini matrimonii, ut si adsit inutile esse opporteat, quamquam probatio sit difficilis; turpitudo litium caeteroquin praeveniri poterat, si deliberetur de quaestione, januis clausis.

Quaestio igitur valde dubia est, nec falsum est, quod dicit **Merlin**, etiam hoc casu non adesse consensum, si error exstat in qualitate hujus naturae. In veteri jurisprudentia impotentia causa erat matrimonii nullitatis, sed magis propter incapacitatem (*inhabilité*) quam propter errorem. Probatio etiam, praecipue in casu impotentiae naturalis, tam difficilis videtur, atque tot generare potest quaestiones, quae moribus repugnant, quod merito legislator hanc causam non admisit (3).

Plurimi interpretes juris Francici statuunt, impotentiam *naturalem* non esse causam nullitatis, sed credunt contra, ut **Merlin**, **Toullier** et **Delvincourt** impotentiam *accidentalem* esse justam causam, quia in casu a. 313 C. Nap. (a. 307 B. W. B.), vir qui actionem instituit ad negandum infantem legitimum esse, haec causa potest allegari. Haec etiam magis admittenda videtur, quia melius probari potest. Lex autem non distinguit, quaestio igitur tradenda est prudentiae tribunalium.

---

(1) **Pailliet** ad art. 180 Cod. Nap.

(2) *Répertoire* voc. *impuissanse* N°. II.

(3) Cf. **Duranton** T. II, § 67. et praecipue **Toullier**.

§ II.

De defectu consensus parentum, adscendentium, vel eorum, quorum consensus requiritur, in casibus lege expressis.

Eleganter Toullier, cum rationes exponit, propter quas lex requirit, ut liberi minores consensum habeant parentum, hisce usus est verbis: „*De toutes les actions de l'homme, le mariage est une de celles qui interessent le plus sa destinée; et comme les facultés et les forces du corps se dévelloppent avant celles de l'esprit, l'homme se trouve habile à contracter mariage avant que l'âge ait mûri sa raison, et qu'il soit en état de faire un choix éclairé. Dans le premier âge des passions, la loi ne l'abandonne point à lui même; elle lui donne un guide pour le diriger dans l'acte peut-être le plus important de sa vie*" (1).

Sed lex non solum respexit liberos, sed quam maxime parentes ante oculos habuit. Natnra enim atque lex parentes adstringit gravissimis obligationibus erga liberos, qui subditi sunt eorum potestati, atque iis debent obedientiam atque reverentiam. Consequens est, ut, si minores sint, in contractu a quo pendet felicitas eorum vitae futurae, parentum consensum quaerant, qui amore atque majore prudentia ducti optimi eorum auctores atque moderatores censendi sunt.

Ordo igitur internus familiarum, obedientia atque

---

(1) Tom. I. § 540.

pietas, quas lex praescribit, postulant, ut obligatio sit liberis: » *à donner*" ut ait Nicolai, » *aux auteurs de leurs jours, un témoignage public de respect et de déférence, dans une occasion où ils vont quitter le toit paternel et devenir chef d'une nouvelle famille*" (1).

Si igitur liberi non obsecuti sint obligationi iis impositae, quaerendi consensum parentum, adscendentium, aut tutorum qui parentum locum occupant, lex iis debuit dare remedia ad vindicandam eorum auctoritatem aspernatam, et hinc hi, quorum consensus requiritur, matrimonium possunt impugnare.

Consensus autem requiritur secundum ordinem art. 92, 93, 94, 95, 97 et 98, ita ut primo agere potest: *pater*, si pater et mater non consenserint, mater non potest agere sola, quia patris consensus sufficit, atque igitur suppletur ejus expressa aut tacita ratificatione. Si autem pater moriatur intra tempus utile, nec declaraverit ejus voluntatem, mater potest agere: ejus consensus enim etiam requiritur, atque tantum si dissentiant, patris consensus sufficit; non autem adest dissensus, nam ambo censentur non consensisse. Si pater mortuus sit vel pater non possit manifestare ejus voluntatem, mater sola potest impugnare matrimonium, si non consenserit. Si autem pater et mater moriantur intra tempus utile, actio non transmittitur ad adscendentes superiores, nec minus ad collaterales tanquam heredes; eorum auctoritati non in-

(1) Voorduin, D. II, p. 159.

juria facta est, atque actio injuriae non transmittitur l. 11. § 1. D. *de injuriis*.

Sed an hoc casu applicari potest regula: *omnes actiones, quae morte, aut tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent?* an igitur actio praeparata transmittitur ad adscendentes vel collaterales? Applicatur, ut vidimus in art. 326, et idem principium credidimus observari posse, casu quo conjux vi coactus vel in errorem lapsus moriretur pendente lite. Sed in illis casibus eorum interest, ex eadem causa ac conjux, hoc casu iis non injuria facia est; eorum consensus enim non requirebatur; est igitur actio *conjuncta personae*, quae interit ejus morte (1).

Si autem pater et mater mortui sint, vel non possint manifestare eorum voluntatem, requiritur adscendentium consensus secundum ordinem, qui praescribitur in art. 93 et 94, atque ille adscendens, qui non consenserit matrimonium potest impugnare.

Si autem parentes et adscendentes deficiant, vel nequeant manifestare eorum voluntatem, requiritur consensus tutoris et tutoris subrogati (art. 95), atque iis competit actio nullitatis, si non consenserint.

Si autem ambo vel unus eorum consensum denegent, tum judex pagi potest veniam dare matrimonio, postquam tamen antea audiverit tutorem et tutorem subrogatum et quatuor cognatos (a. 95). Cum autem recusante judice pagi, minor matrimonium contrahit, quis tunc illud impugnare potest? non datur art°. 146

(1) Duranton, T. II, § 290.

haec facultas judici pagi, nec Publico Ministerio, ita etiamnunc tutor videtur illud jus habere; ille enim non consensit, atque sententia judicis confirmavit ejus recusationem. Neque etiam cognati, qui audiuntur, matrimonium possunt impugnare; nam leguntur in art. 146 tantum verbum: *verhoor van den voogd.* Eodem modo matrimoninm liberorum naturalium, si non consenserint ii, quorum consensus requiritur in art. 97 et 98, hanc ob causam ab iis impugnari potest.]

Praeter differentiam, quae exstat inter jus Francicum ac nostrum, quod attinet personas quarum consensus requiritur, ut apparet si conferantur art. 148, 149, 150, 160, 158, 159 C. N. cum art. 92, 93, 94', 95, 97 et 98 nostri Codicis, hac in re inprimis discrimen adest, quod jure Francico etiam conjux qai egerat consensu, matrimonium poterat impugnare. Ratio hujus differentiae est, quia jure nostro consensus parentum pro maxima parte videtnr requiri *in gratiam parentum*, jure Francico magis *in gratiam conjugum.*

Quaestio gravis est, quidnam melius sit utrum alteri conjugi jus impugnandi matrimonium ab eo contractum detur, an non; multa enim afferri possunt pro uno alteroque systemate. Rationes, quae permoverunt legislatorem Franc. fuerunt: quia in veteri jurisprudentia ideo conjnges majores poterant allegare nullitates absolutas, quae ex formis oriebantur; quia lex praesumit conjugem, qui sine consensu parentum uuptias contraxisset, seductione in errorem lapsum esse, atqne, cum ex mente Codicis consensus parentum requiritur in gratiam minorum, indifferentia parentum eos non

debet privare a beneficio legis (1). Hic addere possumus verba, quae pronuntiavit Vir Celeberrimus d'Aguesseau (2): » *Si les plaintes d'un mineur qui a été surpris dans une contravention peu importante sont écoutées favorablement, on doit à plus forte raison, lui accorder la même faveur lorsqu'il demande à être restitué contre l'aliénation, qu'il a faite de tous ses biens et de sa personne.*" Has rationes optime refellit Vir Consultissimus Nicolai, in oratione quam habuit de hacce quaestione in Concilio Ordinum Generalium. Primo enim indicavit exemplum minoris, qui in integrum restituitur, non applicare posse matrimonio; secundo, consensum parentum magis requiri in gratiam parentum; tertio, remedia enumeravit, quibus minor potest prrevenire malum, quod commisit (3).

Quaestio igitur pendet ab eo, utrum consensus parentum requiratur in gratiam liberorum an parentum. Legislator decernit, eum requiri in *gratiam parentum* (4); exinde hi soli ad nullitatem possunt provocare. Cum enim a nonnullis rogaretur, ut illud jus etiam liberis concederetur responsum est: » *la loi a exigé le consentement des parens* in gratiam parentum; *l'article 182, C. C. est en opposition avec lui même, en ce qu'il accorde aux époux la faculté de*

(1) Locré, *Esprit du Code Nap.* T. III. p. 330 et 331.
(2) Tom. II. p. 462
(3) Cf. ejus verba apud Voorduin D. II. p. 260 et 261.
(4) Jure etiam Romano, ii, quorum in potestate liberi erant, in eorum nuptias consentire debeant, propter patriam potestatem, tum ne invito suus heres agnoscatur. Vid. Pr. Inst. *de Nupt.* l. 2. D. *de Ritu Nupt.*

demander dans ce cas la nullité du mariage, et fait cesser l'action en nullité par la ratihabition de ceux dont le consentement est requis; *or, l'un des deux, ou le consentement des parens est necessaire dans l'interêt de l'*enfant, *ou dans celui* des père et mère, des adscendans ou du conseil de famille.

» *Dans le premier cas, le parens ne peuvent par une ratihabition, priver l'enfant de son action en nullité, comme un tuteur ne pourra, après la majorité de son pupille, ratifier un acte passé sans son assistance. Dans le second cas, l'enfant ne peut invoquer le défaut d'une formalité qui est prescrite en faveur d'un autre, et se prévaloir de sa propre dèsobéissance à la loi*" (1).

Legislator igitur noster magis ex juridicis quam ex moralibus rationibus actionem denegavit conjugibus; caeterum jus Francicum in eo vituperandum est, quod, ut vidimus, ejus systema non omni modo completum est; nam contrarium est juris principiis, quod actio, quam habet conjux, cessat ratihabitione eorum, quorum consensus requiritur.

Actio autem nullitatis non amplius a cognatis, quorum consensus requiritur inchoari potest: 1°. cum expresse aut tacite matrimonium ratumhabitum sit; 2°. si sex menses praeterierint, sine interpellatione ab aliqua parte, a tempore quo cognitionem matrimonii acquisiverint (a. 146), huic articulo additum est: » *ten aan-*

(1) Voorduin, D. II. p. 259. Illud principium plane convenit jure Romano: *nemo ex delicto suo actionem consequi debet.*

zien van huwelijken, in een vreemd land aangegaan, wordt die kennis niet verondersteld, zoolang de echtgenooten zullen zijn in gebreke gebleven om de akte van huwelijksvoltrekking, overeenkomstig de voorschriften van art. 139, in de openbare registers te doen overschrijven.".

Ratificatio expressa dari potest in actibus publicis aut privatis, ideo in epistolis; ratificatio tacita derivatur ex actionibus, factis vel scriptis quae probant adscendentem ignovisse injuriam allatam ejus auctoritati. Caeterum actio non videtur extingui morte illius conjugis intra tempus utile; nam auctoritas semper aspernata est, atque vitium non purgatur facto prorsus alieno ab eorum voluntate expressa aut tacita, quae solum illud potest delere.

Exstat etiam approbatio tacita, cum sex praeterierint menses sine aliqua interpellatione eorum, quorum consensus necessarius erat, a die quo matrimonium iis cognitum esset; nam eorum silentium a lege consideratur tanquam signum approbationis ejus, quod initio factum est sine eorum concessu; nec debent conjuges diu in incerto esse. Ut autem adscendentibus actio nullitatis denegari possit, constare opportet eos notitiam habuisse matrimonii ex sex mensibus, eo tempore quo in judicio querelam instituant. Ita etiam judicatum est in causa *Sommaripa* a Curia Cassationis, (*Arrêt du 16 Avril 1817*, Sirey, 1817. I. 232).

CAPUT QUARTUM.

DE EXCEPTIONIBUS, QUAS VIDETUR PATI REGULA PROPOSITA IN ARTICULO 140 CODICIS CIVILIS.

Quamquam legislator in statuendo principio articuli 140 nostri Codicis: „*de nietigheid eens huwelijks kan alleen door den regter worden uitgesproken*," mentem suam aperuit excludendi omnem nullitatem absolutam in matrimonio, tamen probari potest, tam ex verbis, quam ex consilio legis, revera jure nostro causas adesse posse, quae ipso jure, sine sententia judicis declaratoria, matrimonium dirimant, ita ut eo casu censendum est, nunquam exstitisse et nullos potest producere effectus civiles.

Sic etiam jure Francico, quo legislatores idem principium ac jure nostro observare voluerunt, tamen matrimonium ipso jure nullum potest esse. Si, e. g. civiliter mortuus matrimonium contraxisset, tunc illud ex art. 25 C. N. *nullum* produceret effectum civilem; ipso jure igitur nullum vel potius non erit matrimo-

tium. Et haec revera etiam mens fuit legislatoris Francici, cum excluderet actionem nullitatis in tali casu, quia id contrarium foret juris principiis de morte civili (1).

Mors civilis, quae nostro Codice abolita est, non potest igitur apud nos causa esse matrimonii nullitatis; contra jure nostro adsunt aliae causae, quae pro parte non exstant jure Francico. Jure novo enim concessa sunt matrimonia per *procuratorem* (*door eenen bijzonderen bij autenthieke akte gerolmagtigden*, art. 134); haec desumta sunt ex vetere jure Hollandico, in quo nominabantur *huwelijken met de handschoen*. Legislator, cum admiserit hancce renovationem, ante oculos habuit matrimonium contractum inter virum, qui esset in India, atque inter uxorem ex nostro regno (2). Sunt tamen talia matrimonia magis consideranda tanquam exceptiones juris communis; hanc ob causam non etiam indefinite permissa sunt, sed ut obtinet in omnibus juris communis exceptionibus, Regi data est facultas concedendi, ut tale matrimonium ineatur. Non enim approbandum erit, si haec matrimonia saepius permitterentur; possunt enim ansam dare gravibus difficultatibus.

Potest fieri, ut mandans, antequam matrimonium contractum sit per ejus procuratorem, alias legitimas nuptias iniisset; hoc tamen casu art. 134 2°. decernit matrimonium per procuratorem considerandum esse

(1) Locré, *Exprit du C. N.* Tom. III. pag. 273 - 277 et pag. 279.

(2) Voorduin, D. II, p. 239, Asser, op. laud. p. 53.

tanquam *inutile* (*als niet geschied*), ita ut *ipso jure* nullum, nec opus sit sententia judicis rescissoria.

Haec decisio magis provenit ex aequitate quam ex juris principiis. Nam si observantur regulae, quae in mandato in usu veniunt, tum sane matrimonium *per procuratorem* contractum debet valere. Legitur enim in art. 1855: „*Indien de lasthebber onbewust is van den dood des lastgevers, of van het bestaan van eenige andere oorzaak, die den last doet eindigen, is het geen hij in die onwetendheid verrigt heeft van waarde.*

In dat geval, moeten de verbindtenissen, door den lasthebber aangegaan, nagekomen worden ten aanzien van derden die in de goede trouw zijn."

Si autem consideremus eo casu duo exstare matrimonia, alterum *facti*, alterum *juris*, quae non eodem tempore existentiam possnnt habere, ita aeqnum est praevalere illud, quod *consummatum* est; alterum enim, de quo id non dicendum est, non eos produceret infelices effectus, quos illud potest habere. Cum autem praeter hanc exceptionem caeterae juris regulae valent, ita ex art. 113 conjux, qui deceptus est, actionem habet ad damnum et interesse. — Sic mandans potest mortuus esse, ante quam matrimonium contractum sit, et procurator hujus rei non conscius iniit nuptias; tum etiam illud matrimonium censendum est nunquam exstitisse, non potest mandans post ejus mortem uxorem ducere, nec ejus heredes officia matrimonii praestare, ut praescribitur in art. 1855. Haec sanctio quoque expresse inerat articulo 177 Speciminis 1820. — Sed etiam

propter alias causas potest mandans revocare mandatum, atque procurator, nescius hujus revocationis, mandatum obsecutus est et contraxit nuptias. Etiam tunc secundum regulas generales mandati matrimonium valeret, nam haec revocatio iis, qui bonâ fide cum procuratore egissent, non potest objici (art. 1852), atque valet quod procurator, nescius causae qua cessat mandatum, peregit in hac ignorantia (art. 1855). Quia autem matrimonium *objectum substantiale* est mandati, ideo etiam regitur ejus regulis: secundum has in art. 85 liber consensus efficit essentiam matrimonii. Ille prorsus deficit: matrimonium igitur ipso jure nullum est, salva actione ad damnum et interesse.

Praeter has exceptiones etiam exceptio videtur inesse art°. 138, ubi agitur de nuptiis contractis extra regni territorium. Ut haec nuptiae valeant, requiritur: 1°. ut contrahantur secundum formam usitatam in regione extranea; 2°. ut promulgationes locum habuerint in nostro regno; 3°. ut conjuges Neerlandici habeant qualitates atque conditionibus satisfecerint, quae requirantur ad contrahendum matrimonium. An ergo denuntiationibus deficientibus matrimonium nullum est? Hae quaestio valde gravis est, atque interpretes Codicis et Tribunalia in diversas partes distrahit. Tentabimus tam ex verbis quam ex sententia legis probare, in eo casu matrimonium ipso jure nullum esse.

Verba articuli 138, qui desumtus est e jure Francico, sic sese habent: » *De huwelijken in een vreemd land aangegaan, het zij tusschen Nederlanders, het zij tusschen Nederlanders en vreemdelingen, zijn van*

waarde, indien dezelve voltrokken zijn naar den vorm, in dat land gebruikelijk, mits de huwelijksafkondigingen, volgens de tweede afdeeling van dezen titel, binnen dit koningrijk, zonder stuiting des huwelijks hebben plaats gehad, en de Nederlandsche echtgenooten niet hebben gehandeld tegen de bepalingen, in de eerste afdeeling van dezen titel vervat." Si igitur promulgationes in nostro regno non locum habuerint, matrimonia non valent. Dicitur enim in articulo laudato: »*De huwelijken in een vreemd land aangegaan* — zijn van waarde — *mits* (id est *indien*) *de huwelijkafkondigingen* — *binnen dit koningrijk* — *hebben plaats gehad.*" Si haec verba interpretantur ex argumento a contrario sic leguntur: »*de huwelijken tusschen Nederlanders en tusschen Nederlanders en vreemdelingen in een vreemd land aangegaan, zijn niet van waarde, indien niet de huwelijksafkondigingen binnen dit koningrijk hebben plaats gehad.*"

A voce igitur *mits* (*pourvûque*, ut legitur in art. 170 C. N.) pendet quaestio: haec autem significat *onder voorwaarde van*; sic e. g., quis scriberet in testamento: »*ik legateer aan Gajus f 1000*, mits *hij een huis bouwe*, id est, onder voorwaarde, *dat hij een huis bouwe.*" Si Gajus huicce conditioni non satisfecerit, legatum non valet. Promulgationes ergo formant in art. 138 *conditionem sine qua non* (1): *si* igitur haec conditio deficit, matrimonium nullum est.

---

(1) Cf. tamen de voce *mits*, quod scriptum est in: *Algemeen Handelsblad* 29 Julij 1839, N°. 2411, porro N°. 2401, die 18 Julii, ejusdem anni.

Haec est grammatica legis interpretatio: si autem verum est, quod Cicero ait pro Caecina 17 et 23: „*scriptum sequi*," inquit, „*calumniatieris esse; boni judicis, voluntatem scriptoris aucteritatemque defendere;*" tum haec nec sufficit, nec praevalere potest. Idcirco argumentum nobis quaerendum est ex logica legis interpretatione, quae optime cognoscitur ex mente legislatoris; et cum rationem legis examinemus, patebit verba legis prorsus quadrare in ejus sententiam.

In Oratione, quam habuit Vir Consultissimns Nicolai d. 8 mensis Martii a. 1822 ad illustrandum titulum: *de matrimonio* haec verba occurrunt, quod attinet promulgationes: „*La loi,*" ait, „*ordonne ces publications, non comme une forme essentielle, mais comme une mesure de précaution contre les mariages défendus. Si teus les mariages étaient valables, ou si la société n'était pas intéressée à leur validité, ce contrat comme teus les autres, pourrait avoir lieu entre les parties, sans que la célébration en fût publiquement annoncée; mais il n'en est pas ainsi d'un contrat, qui change l'état des persennes, et qui fait naître des droits et des obligations, qu'il importe de connaître. De ce que les publications ne doivent être considérées que comme une mesure préliminaire et étrangère à l'essence du mariage, il faut en tirer la conséquense, que l'omission de cette formalité n'entraînera jamais, et par elle-même, la nullité du mariage, lersqu'ayant été contracté dans le Royaume, il ne sera infecté d'aucun autre vice. Cette conséquence ne peut être appliquée aux mariages contrac-*

tés par des Belges en pays étranger. Le défaut absolu de toute publication dans le Royaume, doit faire envisager ces unions secrètes comme des mariages clandestins, et qui dès lors sont atteints d'une nullité radicale" (1).

Ex his verbis satis cognosci potest mens legislatoris, qui considerat tanquam non jure factum et inutile matrimonium extra regnum contractum, promulgationibus in nostro territorio deficientibus. Atque in hoc consilio legislator sibi constitit. Cum enim, titulo subjecto deliberationi, ab una sectione Ordinum Generalium haec objectio facta est: » *On a cru trouver une espèce de contradiction entre l'article 154 et l'article 138 en ce que l'article 154 declare expressément que les contraventions aux dispositions de l'article 107 relativement aux publications, ne donnait pas lieu à demander la nullité du mariage, tandis que l'article 138 exigeait pour la validité des mariages contractés dans l'étranger* que les publications aient été faites dans le Royaume:" responsum est: » *Ces deux dispositions ne sont nullement contradictoires. Pour ce qui concerne les mariages contractés* dans le Royaume *le défaut des publications requises, n'entraine pas la nullité du mariage, par ce que l'officier de l'état civil peut être puni de sa négligence de sa collusion ou de sa fraude; on a autant, que possible prévenu par là la violation des formalités prescrites par la loi.*"

(1) Voorduin, D. II, p. 200.

» *Quant aux mariages, contractés* en pays étrangers, *le législateur, par une faveur particulière*, en reconnait la validité *moyennant les conditions, qu'il a inposées dans l'interêt public; or, si les publications requises n'ont pas eu lieu, la loi n'accorde pas dans le fait* une action en nullité, *mais elle considère le mariage comme* non avenu; *elle n'en reconnait pas l'existence. D'ou il resulte non seulement, que les deux articles sont en pleine harmonie, mais qu'il était nécessaire d'exiger impérieusement les publications dans le Royaume, afin de prévenir que des mariages ne fussent contractés dans l'étranger contre la volonté, ou l'insu des parens*" (1).

Ratio igitur legis minime dissentit ab ejus verbis: lex promulgationes requirit ad evitanda matrimonia clandestina. Voluit lex, ut publice constaret de talibus conjunctionibus, ne parentes vel cognati quorum interest intercedendi matrimonio nescii essent hujus contractus. Si autem conjuges eas omitterent, censentur in frandem legis egisse (2), atque eorum nuptiae considerantur tanquam clandestinae.

---

(1) Voorduin, D. II, pag. 271 et 272. Sic Vir Clar. van Hall dicit in *Regtsgeleerd Bijblad* 1839, p. 346: »*Wij vinden ons verpligt ronduit te verklaren, dat onzes inziens de geschiedenis der beraadslaging zelve ten duidelijkste doet zien, dat de Nederl. Wetgever geene andere huwelijken, buiten 's lands voltrokken, erkent, dan de zoodanige, welke van de bedoelde afkondigingen zijn voorafgegaan.*"

(2) Dicimus: *censentur in fraudem legis egisse*. Aut an pendet matrimonii bonitas a quaestione, utrum conjuges dolo malo in fraudem legis egissent, an non egissent. Eo sensu tri-

Sunt tamen multi auctores, inter quos Toullier et Duranton, qui contendunt matrimonium tamen valere, quamquam deficiant promulgationes, quia omissio promulgationum; quod attinet matrimonia in nostro territorio contracta, non operet matrimonii nullitatem. Videamus de hoc argumento: Codex noster, revera (ut etiam Codex Napoleonticus in art. 192) exhibet in art. 154 sanctionem; nullum matrimonium inutile esse, si deficiant promulgationes. Sed an igitur impune agi potest contra illud praescriptum? minime, idem art. 154 continet: *In die gevallen, is de bepaling van artikel 137 op de ambtenaren van den burgerlijken stand toepasselijk.* In eo articulo 137 autem in magistratus status civilis, qui non observarunt legis praescripta quod attinet matrimonium, poena statuta est pecuniaria, praeter poenas Codice Poenarum constitutas.

Non idem tamen dicendum est de matrimonio extra regni territorium contracto; quomodo enim poena sancita in art. 137 irrogaretur in magistratus hujus regionis extraneae? id non fieri potest, non potest

---

bunal civile Parisiense videtur judicavisse, cum nuptias in Anglia celebratas jussit ratas manere, quamvis promulgationes non essent factae in Francia, quia apparebat conjuges non fuisse profectos in Angliam, ut ibi in fraudem legis nuptias inirent. Hinc e contrario ab eodem tribunali judicatum est, nuptias ibidem in Anglia, neglectis promulgationibus in Francia, contractas nullas dicendas esse, cum appareret, conjuges legis Franciae fraudendae gratia peregre profectos esse. Quae tribunalis sententia confirmata fuit a Curia Parisiensi. Vid. *Gazette des Tribunaux 25 Jul. et 18 Dec. an 1827*, N°. 552 et 736, et 18 *Mars 1828*, N°. 2344. Cf. de Geer in diss. laud. p. 211

haec poena ad illos extendi, qui a nostris legibus non reguntur. Si igitur horum Juris Consultorum systema adoptemus, tum dispositio art. 138 degeneraret in nudum praescriptum, quod impune transgredi potest; esset lex prorsus imperfecta, nam nulla poena esset in conjuges, quia lex eam non constituerit, nulla in magistratus, quia leges nostrae eos non ferire possent; obtemperantibus igitur tantum lex scripta fuisset. Eo minus possumus credere legislatorem id voluisse, quia poena in art. 192 C. N. in conjuges in eo casu pronuntiata, nostro Codice non recepta est; voluit ergo, si praescriptum art. 139 non obsecutum sit, nullam aliam poenam adesse, quam matrimonii nullitatem vel potius non agnoscit ejus existentiam (1).

Alii alia argumenta afferunt: dicunt promulgationes tantummodo pertinere ad formam externam, non ad essentiam matrimonii, atque eas non inservire ad augendas causas nullitatis, sed e contrario ad evitandas infractiones dispositionum sectionis primae tituli: *de matrimonio*, idcirco magis ad diminuendas nullitates. Id quidem verum est de matrimonio in regno nostrò contracto, sed ad nostrum casum applicari non potest. Si enim interius articulum 138 examinamus, inveniemus requiri, ut matrimonium extra regni territorium contractum sive inter Neerlandos, sive inter Neerlandos et peregrinos valeat: 1°. ut secundum regulam *locus regit actum*, confirmatum art. 10 legis *Alg. Bep.*, observata sit forma usitata hujus regionis; 2°. ut pro-

(1) Cf. Mr. A. de Pinto, *Handl. tot het burgerl. wetboek*, 2de gedeelte, 2de druk, pag. 64.

mulgationes in nostro regno locum habuerint, sine intercessione matrimonii; 3°. ut conjuges Neerlandici non egerint adversus dispositiones sectionis primae tituli: *de matrimonio;* secundum regulam ejusdem legis art. 6. Legislator igitur, quod ad formam attinet, statuit observandas esse omnes solennitates, quae usu essent in regione peregrina, unam tantummodo jussit locum opportere habere in nostra regione, scilicet promulgationes; hac exceptione haec solennitas in eo casu evadit solennitas substantialis, atque requisitum necessarium sine quo matrimonium non exstare potest.

Nec minus vanum est argumentum eorum, qui dicunt, matrimonii bonitatem jure nostro, non ut jure Francico pendere a promulgationibus, sed a *conditionibus, quas per intercessionem pateret non observatas esse* (*mits de huwelijksafkondigingen — binnen dit koningrijk — zonder stuiting des huwelijks hebben plaats gehad*). Sed promulgationes inserviunt, ut locus detur iis, quorum interest, intercedendi matrimonio; sunt remedia, ut publico constaret de matrimonio contrahendo; iis igitur deficientibus non patebit, conditiones revera observatas esse.

Haec sufficient ad defendendam nostram opinionem, tale matrimonium non valere si promulgationes non locum habuerint. Cum autem noster legislator omissionem promulgationum in sectione sexta, tituli: *de matrimonio*, non enumeravit inter causas nullitatis, nec definivit, quibus actio nullitatis competat, exinde patet revera mentem habuisse considerandi tali casu matrimonium *absolute* atque *ipso jure nullum* vel po-

tius omnino non ut matrimonium, ita ut non opus sit, ut annulletur quod non exstat. Haec ipsius verba a nobis allegata pag. 71 probant: *mais elle considère le mariage comme non avenu; elle* n'en *reconnait pas l'existence.* Matrimonii nullitas, iis, qui ejus vinculo putarent junctos esse, ideo per exceptionem potest objicii; non potest convalescere tractu temporis, nec ullos producit effectus civiles. Id quidem injustum atque durum potest videri, sed nobis dicendum est cum Ulpiano (L. 12. § 1. D. *qui et a quib. manum*) *perquam durum est, sed ita lex scripta est.*

Praeter Toullierum et Durantonium, etiam Locré et Merlin defendunt matrimonii bonitatem, quamquam defecerint promulgationes. Delvincourt autem atque Juris Consulti Germani Zachariae et Grollman contraria sunt opinionis. Sic etiam, ut jam vidimus, differunt sententiae Curiarum, nam Curia Colmarensis pronuntiavit (*Arrêt du 25 Janvier 1823* Sirey 1824. 2. 156) matrimonium in eo casu valere; Curia autem Cassationis rejecit die 9 m. Martii a. 1831 appellationem sententiae, qua Curia Francia nullitatem pronuntiaverat. Cf. porro Sirey XXXI. 1. 142. XXXVII. 1. 177 (1).

(1) Voetius in libro XIII ad Pandectas tit. II· etiam casum examinat, an valeant nuptiae per Hollandum in Brabantia aut Flandria contractae, servatis illorum locorum solennibus, sed omissis publicis denuntiationibus in loco domicilii Hollandici; atque putat iis neglectis, matrimonium non valere.

CAPUT QUINTUM.

DE CAUSIS, QUAE ORIUNTUR EX IMPEDIMENTIS PROHIBENTIBUS.



Differt quam maxime inter conditiones et qualitates, quae requiruntur ad contrahendas nuptias, atque inter ejus solennitates; hae pertinent ad formam externam, illae ad essentiam atque bonitatem internam (*innerlijke waarde*) matrimonii. Haec differentia etiam perspicua est in materia nullitatis. Legislator enim generaliter, si conditiones deficiant, vel qualitates non adsint matrimonio contracto, ejus nullitatem pronuntiavit; solennitatibus omissis, tantum sequitur nullitas, si pertinent ad substantiam actus, ut in Sectione secunda, § 4, Capitis secundi hujus Speciminis observavimus. Ratio hujus differentiae invenimus apud Voorduin D. II, p. 272. »*L'intérêt public*," dixit Nicolai, » *exigeait que les nullités du mariage ne fussent pas trop multipliées, il a donc fallu n'admettre, que celles qui attaquaient ce contrat, soit dans son essence, soit dans ses formes substantielles. De*

là il est résulté, que l'omission de certaines formalités moins essentielles, n'a point été considérée comme suffisante pour opérer la nullite d'une union, d'ailleurs legitime; et cette distinction fondamentale a été établie avec toute la précision, qu'exigeait l'importance de la matière et la diversité de jurisprudence."

Causae autem, quae non sufficiunt ad instituendam actionem nullitatis sunt (art. 154).

1°, Si uxor novas nuptias iniit intra spatium 300 dierum, post dissolutionem prioris matrimonii (art. 91).

Ratio hujus porhibitionis est propter *confusionem sanguinis*, atque propter difficultatem, quam dare potest quaestio, utrum infans natus postquam secundum matrimonium contractum sit, sed ante trecentessimum diem post dissolutionem prioris conjunctionis, censeri debeat habere patrem, maritum prioris an posterioris matrimonii. Prohibitio igitur magis spectat liberos procreandos, quam conjuges ipsos; est magis praescriptum praecautionis atque politiae, quam conditio matrimonii. Hinc ejus omissio non habet vim dirimendi matrimonium; in multis enim casibus nullitas esset contra legis rationem (1).

Eadem prohibitio etiam occurrit jure Francico; legislator autem non pronuntiavit matrimonii nullitatem,

(1) Cf. Duranton, Tom. II, § 176. Non approbandum est jure nostro magistratum solum poenam subire; lex enim in prohibitione conjuges respexit, si igitur hi spreta lege nuptias contrahunt non debent omni poena vacare. Cf. van Berkel, *diss. de legibus in Codice Civili Neerlandici sanctione destitutis.* Lugd. Bat. 1839, p. 68.

ita ut et interpretes et tribunalia quum maxime dissentiant hac de re (1).

2°. Si non intercessit judex pagi, in casu expresso in art. 99.

Consensus enim parentum, quem liberi minores debent habere ad ineundas nuptias, non tam necessario requiritur majoribus. Lex enim praesumit eos tum ipsos posse dijudicare, quid sibi utile sit; atque consensus parentum requiritur solum propter reverentiam et propter pietatem, quas liberi omni tempore parentibus debent (a. 353). Hinc obligatio quaerendi parentum consensum iis solum manet usque ad trigesimum vitae annum, atque si parentes hunc consensum nolunt dare, liberi possunt petere a judice pagi, ut intercedat inter eos ac parentes; ille tunc agit, ut praescribitur in art. 100 - 104 (2).

Potest tamen evenire, ut conjuges qui non recuperarunt consensum parentum sine tali intercessione judicis pagi, nuptias inirent; matrimonium autem eo casu non nullum est, sed magistratus, qui secundum a. 126 3° sibi debet procuraro actum, quo apparet de illa intercessione, incidit in poenam Codice statutam.

3°. Si matrimonium contractum est, ante quam spatium sex mensium a die, quo apparuerunt coram judice pagi, praeterierit (a. 103).

(1) Vid. Delvincourt, Duranton, Toullier ad hunc locum, Merlin *Rép.* voce *Noces* (*secondes*).

(2) Sua sponte intelligitur non etiam inutile esse matrimonium, si aliquid solennium in art. 100 - 104 praescriptorum fuerit omissum.

Consequens enim est, ut si matrimonium non inutile sit, cum intercessio plane defecerit, non etiam omissio minoris praescripti hunc habeat effectum.

4°. Si promulgationes, quae requiruntur in art. 107, omissae sunt. Pertinent enim promulgationes ad solennitates *minus essentiales*, quae vocentur a JCtis *accidentales* (1), non sunt absolute necessariae, nam magis sunt remedia praeservatoria, ne matrimonia contra leges contrahantur, atque simul ut via pateat iis, quorum interest intercedendi matrimonio contrahendo. Hinc iis deficientibus, matrimoninium non inutile est; nec minus jure Francico (2), id tamen, ut jam vidimus, non dicendum est de promulgationum defectu in matrimonio contracto extra regni territorium.

Eodem modo, violatio praescriptorum artt. 108, 109, 110, 112 (licet non diserte in articulo 154 inter solennium omissiones memorentur) non efficit matrimonii nullitatem; nam hic eadem utendum est benigna interpretatione, quae locum habet in casu articuli 107 neglecti.

5°. Nec etiam nullum est matrimonium, si spatium tres dierum post postremam promulgationem non observatum sit (art. 130); quia non etiam propter majorem praecedentem causam impugnari potest.

6°. Si matrimonium non publice contractum est, ut requiritur in art. 131. Vidimus jam in § 4, Sect. II,

---

(1) Cf. de distinctione proposita Merlin *Rép.* voce *formalités*.

(2) Art°. 192 C. N. tamen etiam in ipsos contrahentes poena pecuniaria est statuta major minorve pro eorum facultatibus.

Cap. II systema esse legislatoris, ut quam maxime publice constaret de matrimonio, quod contrahitur, atque quaenam requiruntnr ad hunc finem attingendum.

Contrahendum est in Curia municipali domicilii unius contrahentium, ut ante oculos omninm de ejns valore constet, atque civitas sciat, sibi novam familiam esse datam. Cum autem legislator in art. 132 exceptionem hujus praescripti introduxit, exinde patet hanc solennitatem non tam stricte observandam esse. Si igitur propter aliquam causam contractum est in aliis aedibus, matrimonium non nullum est, sed poena affligenda est magistratui status civilis, qui id contraxerit.

In jure Francico magna erat controversia, an in tali casu matrimonium nullnm esset (1). Ex scriptura autem art. 192 C. N. collata cum art. 191 effici potest, quaestionem pendere ab arbitrio judicum. Laudandus est legislator noster non solum, quod hanc solvit quaestionem, sed etiam quod exceptionem statuit in articulo 132, in qua dispositione respexit matrimonia *in extremis*, de quibus nil expresse in Codice Napoleontico statutum erat (2).

In omnibus hisce casibus, matrimonium non quidem potest impugnari tanquam inutile, sed quia legis omissiones non impune debent fieri, ita poena pronuntianda est in eos, quorum curae matrimonium mandatum est. Atque hinc in art. 154 2°. statuitur, sanctionem

---

(1) Cf. Toullier et scriptores ibi laudati § 642.

(2) Cf. Locré, *Exp. des Motifs du C. N.* T. III. p. 267.

art. 137 applicandam esse magistratibus status civilis; in eo articulo haec leguntur: „*In geval van overtreding door de ambtenaren van den burgerlijken stand, tegen de bepalingen van dezen titel begaan, kunnen die ambtenaren, voor zoo verre daar tegen niet bij het Wetboek van Strafregt is voorzien, door de arrondissements-regtbank worden gestraft met eene geldboete, de som van honderd gulden niet te boven gaande; behoudens de regtsvordering der belanghebbende partijen tot schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn*" (1). In jure Francico art. 191 et 192 eodem modo poenae non solum pronuntiantur in magistratus status civilis, sed etiam in contrahentes ipsos, quod jure nostro non receptum est.

Antequam huic specimini finem imponamus, animadvertendum est discrimen, quod praecipue inter jus Francicum ac nostrum obtinet in materia gravi nullitatis matrimonii. Si enim Caput quartum, Tituli quinti Codicis Fr., conferrimus cum Sectione sexta, Tituli quinti nostri Codicis, non solum observamus legislatorem nostrum meliorem ordinem secutum esse, sed etiam accurate sejunxisse materiam matrimonii nullitatis ab ea, quae agit de probatione matrimonii legitime exstantis, quas duas diversas materias legislator Francicus in uno Capite tractavit, qua in re etiam a multis, nec immerito vituperatur.

Caeteroquin, ut utique observari potest, multae solutae sunt quaestiones, quae exstabant in jure Fran-

(1) Cf. art. 192-195 Codicis Poenarum.

cico; nec tam multa in doctrina, quae tanti momenti est, pendent a judicum arbitrio, quod systema infunestos potest habere effectus, nec etiam convenit principiis juris hodierni, ex quo judicum arbitrium magis restrictum est. Exinde non etiam in jure Francico differentia observata est inter impedimenta matrimonii dirimentia ac prohibentia, ita ut in multis casibus dubium oriatur, ad quid genus nonnulla eorum referenda sint. Haec differentia stricte jure nostro, ut in hoc Capite vidimus, observata est, atque respexit legislator in nullitatibus rationes, ob quas prohibitiones factae sunt; melius etiam stàtuit de integritate officialis, qui actibus status civilis praeest, cujus rei Codex multa specimina exhibet; sic etiam in multis casibus meliora secutus est principia, ita ut revera renovarit hanc juris civilis partem, atque, statuendo accurate conditiones et solennitates matrimonii, optime prospexerit conjunctioni, quae ita non facile irrita fieri potest.

THESES.

I.

Divortium Carvilianum non primum fuisse putamus.

II.

Senatus Consultum *de usufructu earum rerum* Augusto Principe factum esse videtur.

III.

Nuptiae sine consensu patris, in cujus potestate sunt contrahentes, contractae, per ratihabitionem postea factam, non retro fiunt utiles.

IV.

Tutelae definitio, qualem Justinianus, pr. tit. Inst. *de tutelis*, Servium composuisse dicit, non vera Servii esse videtur.

V.

Verbum *negotium*, quod occurrit in lege 33 D. *de condict. indeb.* non significat negotiorum gestionem, sed magis obligationis vim habet.

VI.

Prudenter legislator noster in art. 140 Codicis Civilis statuere voluit, nunquam matrimonium ipso jure

nullum, sed semper judicis sententia rescindendum esse.

VII.

Legislator sibi autem in hac mente non constitit, nam matrimonium extra regni territorium contractum, deficientibus in regno nostro promulgationibus, ipso jure inutile est.

VIII.

Liberi naturales matrimonio putativo legitimari possunt.

IX.

Regulam articuli 1507 Codicis Civilis non ab omni parte veram esse defendimus.

X.

Contra juris principia legislator Francicus statuit in art°. 183 Cod. Nap. cessare actionem nullitatis, quod attinet conjuges, qui non habuerunt consensum parentum, horum expressa vel tacita ratihatione.

XI.

Falsa est opinio eorum, qui putant poenae dictae: *correctoriae* fundamentum atque appellationem ex systemate poenitentiario originem ducere; orta est ex usu perantiquo et magis historice explicanda est.

VII.

Merito legislator noster ex Libro primo novi Codicis Poenarum definitionem doli omisit, qualis occurrit in art. 6 Speciminis 23 m. Oct. a. 1839.

XIII.

Quamvis poena capitalis in Codice Poen. Milit. dicta: *straf met den kogel* minus ignominiosa esse cen-

seatur, tamen famosa in sensu juris communis considerande est.

XIV.

Constitutionem Criminalem Caroli V. non vim legis habuisse in nostris regionibus, contendo.

XV.

Conatus abortus ex art. 317 Codicis Poenarum puniri nequit.

XVI.

Injustus fuit quondam in Republica Belgii Foederati modus, quo provinciae anno 1672 ab hostibus occupatae, denuo in Foedus Trajectinum receptae sunt.

AAN MIJNEN VRIEND

WILLEM VAN DE POLL,

BIJ ZIJNE BEVORDERING TOT DOCTOR IN DE BEIDE REGTEN.

Waarde Vriend!

Zoo is dan ook voor U, mijn Vriend! de dag aangebroken, op welken Gij het doel uwer Akademische Studiën hebt bereikt. De hoop uwer ouders, de wenschen uwer betrekkingen hebt Gij vervuld, en Gij zelf staat op het punt eenen werkkring binnen te treden, die U geheel nieuw, geheel onbekend zal zijn en welligt uw geheele leven in zich zal bevatten. Die werkkring, mijn Vriend! zal U doen ondervinden, welke moeijelijkheden het maatschappelijk leven medebrengt, welk verschil tusschen hetzelve en het vrije vriendschappelijke Studenten-leven bestaat. Het lot heeft ons beiden het laatste ongestoord doen genieten, en ook juist daarom is het ons moeijelijker van hetzelve te scheiden. Gedurende eenige jaren heeft de vriend-

schap, die wij voor elkander koesterden, ons leven veraangenaamd en ons gelukkig gemaakt, en thans zullen wij onze loopbaan intreden, om welligt altijd zonder ophouden ons gekweld te zien door maatschappelijke bezigheden. Doch neen, waarom zoude ik van de toekomst misbruik maken, en mij verliezen in beschouwingen, die wij ons niet voorstellen konden, ja zelfs niet voorstellen kunnen! Die vriendschap, die ons tot nog toe zamen vereenigde, zal ons blijven vereenigen, zal door den tijd sterker worden, en mogt dezelve ons niet ten allen tijde haren invloed doen gevoelen, zij zal voorzeker met te meer kracht ontwaken, om met des te meer geluk ons leven te vergezellen. Die vriendschap noopt mij, om U thans ook mijne gelukwenschen te brengen. Geniet zegen op alle uwe pogingen, die gij weldra tot heil der Maatschappij zult aanwenden; wees gelukkig in de bereiking van het doel, dat Gij U voorstelt en waartoe Gij in Uzelven de middelen genoeg bezit; smaak al het genoegelijke, dat uwe maatschappelijke loopbaan U zal kunnen verschaffen; ondervind dat geluk, dat Gij zoo dikwijls gewenscht hebt in de dagen, die wij te zamen zoo gelukkig en ongestoord hebben doorgebragt; dat geluk, dat ons te regt altijd toescheen het summum bonum *te zijn, en in hetwelk zich alle onze jeugdige verlangens vereenigden; — wanneer Gij dan in uw leven uwe blikken vestigt op hetgeen u omringt, breng dan tevens in uwen geest terug den tijd, in welken Gij den grondslag legdet voor uw geheel maatschappelijk daarzijn; wek dan de*

herinneringen op der gelukkige jaren, die Gij hebt zien voorbij vliegen bij het genot van ongeveinsde en onwaardeerbare vriendschappelijke genoegens; vestig dan uwe aandacht op hen, die U toen omringden, die U hunne opregte genegenheid betoonden, die U door hunne wenschen voor uw geluk op uw levenspad doen vergezellen, en behoud dan die vriendschap voor hem, die treurt bij de gedachte, dat de tijd daar is, waarop hij van U verwijderd, zich in een ander leven zal begeven; die uit den grond zijns harten, met de welmeenendste wenschen, U het: »omnia fausta" *toeroept, en die niets vuriger verlangt, dan in de toekomst den tijd weder te zien geboren worden, waarop die vriendschap haren zetel herneemt tusschen U en*

uwen Vriend

Utrecht,
November 1840. Mr. W. van Berkum Bysterbos.







